الاجتهاد فيما لا نص فيه

عرض وتحليل
للاجتهاد بالقياس والأدلة المختلف فيها

الدكتور
الطيب خضري السيد
أستاذ أصول الفقه بجامعة الأزهر
والمعار إلى كلية الشريعة بالرياض
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

الجزء الثاني

مكتبة الحرمين

الطبعة الأولى

١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م

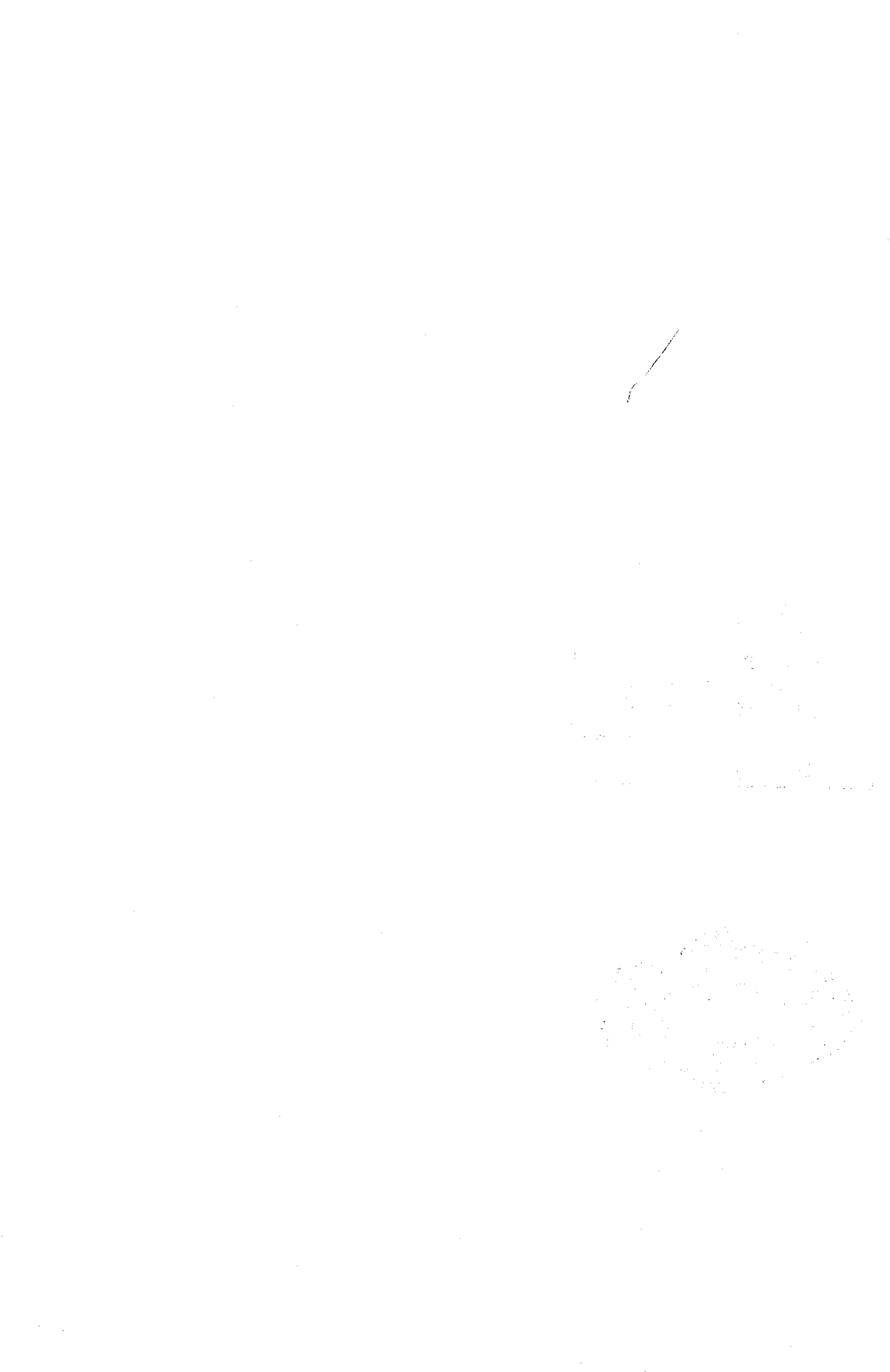
مزيدة ومنقحة

الناشر

مكتبة الحرمين

الرياض - البطحاء - عمائر الدغيثر

الاجتهاد
فيما لا نص فيه



بسم الله الرحمن الرحيم

تمهيد

بعد الحمدلله ، والصلاة والسلام على رسوله سيد الأنام، وعلى آله هداة الإسلام، وأصحابه السادة الأعلام، وأزواجه الطاهرات الكرام، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، نقول وبالله التوفيق :

سبق أن تكلمنا في الجزء الأول عن القياس وما يتعلق به ، وأنه أحد الأدلة المعمول بها نصا عن أئمة المذاهب الأربعة ، ولم يشذ أحد من تلامذتهم على العمل به أو الخروج عليهم ، اللهم إلا في بعض التعبيرات ، التي يظن أنها توضح حقيقته ومعناه ، بالقدر الذي يخرجه من حيز الإشكال إلى حيز التجلي .

ومن المعلوم أن دين الله تعالى الذي يتمثل في العقيدة والشريعة ، مصدره الوحي بنوعيه المتلو، وهذا في جانب القرآن الكريم ، وغير المتلو وذلك في السنة النبوية الشريفة .

وقد اتفقت كلمة المسلمين قاطبة على أن القرآن والسنة هما المصدران الأساسيان للتشريع الإسلامي اللهم إلا ما حدث من بعض من يزعمون الإنتساب إلى الإسلام في الإقتصار على الأول دون الثاني ، ولما كانت دعواهم تخلو عن الدليل ويدحضها الأدلة القاطعة كانت دعواهم مجرد هراء لا أساس له ، وقول في الدين بالهوى والتشهي وهذا أمر لا يقول به عاقل .

وبجانب هذين المصدرين وجد دليلان آخران يرجع أمرهما إلى الكتاب الكريم والسنة النبوية الشريفة هما : الإجماع والقياس ، فقد لقيا قبولا من أئمة المذاهب الأربعة وأتباعهم بحيث صار يطلق « الاتفاق » على أدلة أربعة هي :

١ ـ القرآن الكريم .

٢ ـ السنة النبوية .

٣ ـ الاجماع .

٤ ـ القياس .

ولما كان كثير من الأحكام الشرعية خارج عن ظاهر تلك الأدلة الأربعة ، بمعنى أنه لم يوجد في واحد من تلك الأدلة ، ما يدل على حكم فيها دلالة ظاهرة ، استدل العلماء على ثبوت أحكامها بأمور منها : الإستحسان والإستصحاب والإستقراء والمصالح المرسلة إلى غير ذلك مما سيأتي .

وقد سموا تلك الأمور استدلالا ، وهو في اللغة طلب الدليل ، واشتهر بأنه عبارة عن إقامة الدليل ، يقال إستدل فلان على كذا ، إذا أقام الدليل عليه .

أما في الإصطلاح فقد اختلفوا في تعريفه .

فقال بعضهم : هو ما ليس بنص ولا إجماع ولا قياس، وهؤلاء يعنوا به الإجتهاد بمثل الإستحسان والإستصحاب وغيرهما من أنواع الإستدلال .

وقال بعضهم : هو ما ليس بنص ولا إجماع ولا قياس علة . فيدخل في الإستدلال ، الإستدلال بنفي الفارق ، والإستدلال بالتلازم ، كما في قياس الدلالة وقد سبق الكلام عليه .

ثم إن القائلين بثبوت الإستدلال إختلفوا في أشياء ، وذلك كالإستدلال على ثبوت الحكم بوجود السبب ، وعلى انتفائه بوجود المانع منه ، أو بفقد الشرط وغير ذلك مما سيأتي .

فقال بعضهم : إن هذه من الإستدلال .

وقال آخرون إن هذه ليست منه .

واختار ابن الحاجب أن الإستدلال ثلاثة أنواع :

النوع الأول: الإستدلال باستصحاب الحال .

والنوع الثاني : الإستدلال بالتلازم بين الحكمين من غير تعيين العلة ، وهو المسمى بقياس الدلالة وقد مر بيانه .

والنوع الثالث : شرع من قبلنا .

وزاد غيره الإستحسان ونسبه للحنفية ، والمصالح المرسلة ونسبها للمالكية . ولم يذكر إبن السبكي المصالح المرسلة لكنه ذكر الإستحسان ، والإستصحاب ، والإستقراء والإلهام ، وشرع من قبلنا ، وقول الصحابي .

وزاد صاحب طلعة الشمس ، على ابن السبكي المصالح ، والقياس المنطقي بنوعيه : الإقتراني والإستثنائي .

وذكر القرافي أدلة المشروعية وعدَّ منها : عمل أهل المدينة ، وقول الصحابي ، والمصلحة المرسلة ؛ والإستصحاب ، والبراءة الأصلية ، والعوائد ، والإستقراء ، وسد الذرائع ، والإستدلال ، والإستحسان ، والأخذ بالأخف ، والعصمة ، وإجماع أهل الكوفة ، وإجماع العترة ، وإجماع الخلفاء الأربعة .

ويؤخذ من كتب الأصول زيادة على ذلك : التحري ، والعرف ، والتعامل ، والعمل بالظاهر أو الأظهر ، والقرعة ، ومذهب كبار التابعين ، والعمل بالأصل ، ومعقول النص ، وشهادة القلب ، وتحكيم الحال ، وعموم البلوى ، والعمل بالشبهين ، ورؤ يا النبي صلى اللّه عليه وسلم ، والأخذ بأقل ما قيل ، وإجماع الصحابة وحدهم ، وقول الخلفاء الأربعة إذا اتفقوا ، وقول الصحابي إذا خالف القياس ، والرجوع إلى المنفعة أو المضرة ذهابا إلى أن الأصل في المنافع الإذن ، وفي المضار الرفع ، والقول بالنصوص والإجماع

في العبادات ، وباعتبار المصالح في المعاملات[1] .

والذي يعنينا من ذلك ، البحث في أهمها في نظرنا وهو ما يلي :

الأول : الإستحسان .

الثاني : المصالح المرسلة .

الثالث : الإستصحاب .

الرابع : مذهب الصحابي

الخامس : عمل أهل المدينة

السادس : شرع من قبلنا .

السابع : سد الذرائع .

الثامن : العرف .

التاسع : الإستقراء .

العاشر : الأخذ بأقل ما قيل .

الحادي عشر : فقد الدليل .

هذا ما يهمنا بحثه بمشيئة اللّه وعونه في الجزء الثاني وإليك الكلام على كل واحد منها بتفصيل . واللّه ولي التوفيق .

الدكتور الطيب خضري السيد

(١) الأصول العامة للفقه المقارن ص٣٠٠ ، شرح طلعة الشمس جـ٢ ص ١٧٦ ، هداية العقول إلى غاية السول جـ٢ ص ٦٣٠ ، إرشاد الفحول ص ٢٣٦ ، شرح المحلي على جمع الجوامع جـ ٢ ص ٣٤٨ ، تنقيح الفصول للقرافي ص ١٤٢ ، أصول الفقه لفضيلة الشيخ محمد أبو النور زهير جـ ٤ ص ١٧٤ .

المبحث الأول

في

الإستحسان



معناه في اللغة :

الإستحسان في اللغة مشتق من الحسن ، قال ابن منظور : والحسن محركة ما حسن من كل شيء فهو استفعال من الحسن، يطلق على ما يميل إليه الإنسان ويهواه حسيا كان هذا الشيء أو معنويا ، وإن كان مستقبحاً عند غيره[1] .

وقد ورد استعمال هذا اللفظ في القرآن الكريم وفي السنة النبوية وعلى لسان أئمة المذاهب أما القرآن فقوله تعالى : ﴿ الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه﴾[2] وقوله جل شأنه : ﴿ وأمر قومك يأخذوا بأحسنها ﴾[3] وقال تعالى : ﴿ ومن أحسن قولا ممن دعا إلى اللّه وعمل صالحا﴾[4] .

وأما السنة فقوله صلى اللّه عليه وسلم : « ما رآه المسلمون حسناً ، فهو عند اللّه حسن »[5] وقوله عليه الصلاة والسلام : « أقربكم مني مجلساً يوم

---

(١) القاموس المحيط جـ ٤ ص ٢١٤ ، تاج العروس جـ ٩ ص ١٧٧ ، الصحاح في اللغة جـ ٢ ص ٣٦٥ ، مختار الصحاح ص ٤٩٠ ، المعجم الوسيط ص ١٧٤ .

(٢) سورة الزمر آية ١٨

(٣) سورة الأعراف آية ١٤٥

(٤) سورة فصلت آية ١٨٧

(٥) قال العجلوني : رواه أحمد في كتاب السنة ، وليس في مسنده كما وهم عن ابن مسعود بلفظ : « إن اللّه نظر في قلوب العباد فاختار محمداً صلى اللّه عليه وسلم فبعثه برسالته ، ثم نظر في قلوب العباد فاختار له أصحابا فجعلهم أنصار دينه ووزراء نبيه ، فما رآه المسلمون حسنا فهو عند اللّه حسن ، وما رآه المسلمون قبيحا فهو عند اللّه قبيح » وهو موقوف حسن .

وأخرجه البزار والطيالسي والطبراني وأبو نعيم والبيهقي عن ابن مسعود أيضاً =

القيامة أحسنكم خلقاً »[1] وفي رواية : « أحب عباد اللّه إلى اللّه تعالى أحسنهم خلقاً »[2] .

أما في كلام الأئمة فقد حمل لواء الاستحسان الإمام أبو حنيفة حيث كان يناظر أصحابه فينازعونه المقاييس ، وينتصفون منه ويعارضونه ، حتى إذا قال: « أستحسن »لم يلحق به أحد فيذعنون له هكذا حكى الموفق المكي[3] .

كما أثر عن الإمام مالك وأصحابه أن الإستحسان تسعة أعشار العلم ، قال أصبغ بن الفرج المالكي : « الإستحسان في العلم قد يكون أغلب من القياس وإن المفرق في القياس يكاد يفارق السنة ، وإن الإستحسان عماد العلم »[4] .

وذكر القاضي أبو يعلى : أن الإمام أحمد أطلق القول بالإستحسان في مسائل منها : قوله في رواية صالح في المضارب ، إذا خالف المضارب فاشترى غير ما أمره به صاحب المال : أن الربح لصاحب المال ، وللمضارب أجرة

= وفي شرح الهداية للعيني: روى أحمد بسنده عن ابن مسعود قال : « إن اللّه نظر في قلوب العباد بعد قلب محمد صلى اللّه عليه وسلم فوجد قلوب أصحابه خير قلوب العباد فجعلهم وزراء نبيه يقاتلون على دينه ، فما رآه المسلمون حسنا فهو عند اللّه حسن ، وما رأوه سيئا - وفي رواية قبيحاً - فهو عند اللّه سيء وقال الحافظ بن عبد الهادي مرفوعا عن أنس بإسناد ساقط والأصح وقفه على ابن مسعود أ هـ أنظر كشف الخفاء ومزيل الإلباس للعجلوني جـ ٢ ص ١٨٨ .

وقد رواه الهيثمي في مجمع الزوائد جـ ١ ص ١٧٧ وقال أخرجه أحمد والبزار والطبراني في الكبير ورجاله ثقاته وقال الشيخ أحمد شاكر في تعليقه على المسند جـ ٥ ص٢١١ : إسناده صحيح .

(١) رواه ابن النجار عن علي . أنظر كشف الخفاء جـ ١ صـ ١٦٠ .

(٢) الحديث رواه الطبراني عن أسامة بن شريك الذبياني قال كنا جلوسا عند النبي صلى اللّه عليه وسلم كأنما على رؤسنا الطير ما يتكلم منا متكلم ، إذ جاءه أناس فقالوا : من أحب عباد اللّه إلى اللّه ؟ فذكره وهو حسن كما قاله السيوطي ، بل صحيح كما قاله النووي أنظر كشف الخفاء جـ ١ ص ٥٤ .

(٣) مناقب الإمام الأعظم للموفق المكي جـ ١ ص ٨٢ .

(٤) الموافقات للشاطبي جـ ٤ ص ١١٨ ، الإعتصام للشاطبي جـ ٢ ص ٣٢٠

مثله ، ما لم يحط الربح بأجرة مثله ، وقال : كنت أذهب إلى أن الربح لصاحب المال ثم استحسنت . كذلك حكى أبو الوفاء ابن عقيل فقد ذكر أن أحمد نص على الإستحسان[1] .

كما ورد عن الشافعي أنه قال في المتعة : أستحسن أن تكون ثلاثين درهما ، وأستحسن ثبوت الشفعة للشفيع إلى ثلاثة أيام ، وأستحسن ترك شيء للمكاتب من نجم الكتابة . . الخ[2] . وقال ابن السبكي : قال الشافعي رضى الله عنه : مراسيل ابن المسيب حسنة . وقال الغزالي : إستحسن الشافعي التحليف على المصحف[3] .

كان هذا بالنسبة لإطلاق لفظ الاستحسان .

معناه في الإصطلاح :

وأما معناه في الاصطلاح : فقد اختلف فيه كلمة الأصوليين اختلافا كبيراً ، وكثرت فيه أقوالهم ، وتشعبت مذاهبهم ، لا من حيث اختلاف العبارة فحسب ، بل من حيث المدلول الذي تدل عليه ، بحيث صارت هذه التعاريف من جهة القبول والرد تتنوع إلى ثلاثة أنواع حسب التقسيم العقلي ، لأنها إما مقبولة ، وإما غير مقبولة ، وإما مترددة بين القبول وعدمه ، فقد ذكر الغزالي للإستحسان ثلاثة معان ، تابعه في ذلك ابن قدامة المقدسي[4] ، يمكن لهذه المعاني الثلاثة أن تمثل الجهات الثلاث : جهة القبول ، وجهة الرد ، وجهة التردد ، حيث قال الغزالي إن له ثلاثة معان :

المعنى الأول : ما يستحسنه المجتهد بعقله .

فهذا المعنى لم تراع فيه القواعد المنطقية حيث أخذ الفعل الذي هو يستحسن ويشتق منه الإستحسان وجعله قيدا في التعريف ، ومن المعلوم أن

(١) أصول مذهب أحمد لفضيلة الدكتور عبد الله التركي ص ٥١٠ وما بعدها بالإحالة على كتاب العدة ورقة ٢٥١ ، كتاب الواضح ورقة ١٤٣ مخطوطان

(٢) أصول البزدوي جـ ٤ ص ١٣ ، شرح التوضيح على التنقيح جـ ٢ ص ١٨ كشف الأسرار شرح المصنف على المنار جـ ٢ ص ١٦٨ .

(٣) رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب جـ ٢ ورقة ٣٧٤، المنخول للغزالي ص ٣٧٤ .

(٤) المستصفى للغزالي جـ ١ ص ٢٧٤ وما بعدها ، روضة الناظر جـ ١ ص ٤٠٨

معرفة المشتق متوقفة على معرفة المشتق منه وهذا هو الدور الباطل .

ولو صرفنا النظر عن ذلك لأدركنا أنه أسند إلى المجتهد ، ما يستحسنه عقله دون الرجوع إلى النصوص القرآنية ، أو الأحاديث النبوية ، وهذا أمر ترفضه الشريعة الإسلامية وتأباه العقول المؤمنة السليمة .

فإن قيل أن التعبير بالمجتهد يلزم منه أن ما يستحسنه بعقله لا بد وأن يستند إلى نص من النصوص الشرعية ، لأن من شرط الإجتهاد أن يكون المجتهد مؤمناً بالكتاب والسنة عاملا بكل ما جاء فيهما .

قلنا إن ساغ ذلك جدلا في المجتهد المطلق ، فلا يسوغ في غير المطلق خصوصا وأن ادعاء الاجتهاد صار ظاهرة مشهورة ، وتعرض للإفتاء من ليس أهلا له

فلو أريد بالاستحسان الاستحسان المطابق للنصوص الشرعية ، لوجب التصريح به في التعريف حتى لا يجوز للأدعياء ، القول بالهوى والتشهي . لحملهم الإستحسان بإطلاق كما هو مفاد المعنى اللغوي .

وإن قيل إنا نريد بالمجتهد « المجتهد المطلق » وهذا يجعل التعريف ملحوظا فيه التقييد ويكون سالما .

قلنا هذا غير مسلم ، لأن المعاني الأخرى للاستحسان قيدت بما يدل على أن الإستحسان لا يكون إلا بدليل . وأيضاً ف انقسام العلماء إلى قائل بالحجية ورافض لها ؛ يجعل هذا المعنى الذي ذكرناه أولا هو المقصود ويكون هذا التعريف باطلا .

قال الغزالي : بعد ذكره المعنى الأول : « إنه ممكن عقلا ، منتف شرعا لأن الأمة قد أجمعت على أن العالم ليس له أن يحكم بهواه من غير نظر في الأدلة ، والاستحسان من غير نظر فيها حكم بالهوى المجرد »

وعلى هذا يكون التعريف الأول للاستحسان باطلا من الناحية المنطقية ومن الوجهة الشرعية .

المعنى الثاني : أنه دليل ينقدح في نفس المجتهد ، لا تساعده العبارة عنه ، هذا ما قاله الإمام الغزالي « وقريبا منه ما ذكره البيضاوي وابن قدامة وابن السبكي وابن الحاجب ونسبه للحنفية »[1] .

فهذا المعنى يوضح أن هناك دليل للمجتهد ، لكنه حين قيده بالانقداح فقد يراد بالانقداح الثبوت ، ويكون المعنى أنه دليل يثبت في ذهن المجتهد . . الخ ، فيكون هذا المعنى مقبولا حينئذ ويكون الإستحسان حجة . وقد يراد به الشك ويكون المعنى أنه دليل وقع الشك به في ذهن المجتهد . . .الخ ، فيكون هذا المعنى مردودا ولا يصح القول بالاستحسان على ذلك شأنه في هذا المعنى الأخير شأن المعنى الأول .

وبهذا يتضح أن المعنى الثاني متردد بين القبول والرد ، والذي تميل إليه النفس ونحن بصدد تقرير قاعدة أصولية تنتج أحكاما فقهية ، أن نقول : إن هذا المعنى الأولى به أن يكون من المعنى المردود ، إذ على فرض حمل الانقداح على الثبوت ، فكيف يعرف هذا الدليل الذي استند إليه المجتهد لعجزه على التعبير عنه ، واحتمال الخطأ في الإجتهاد قائم ، اللهم إلا أن نقول بعصمة المجتهد عن الخطأ ، وهذا قول لم يقل به عاقل .

قال الغزالي في هذا المعنى : وهذا هوس ، لأن ما لا يقدر على التعبير عنه لا يدرى أنه وهم وخيال أو تحقيق ، ولا بد من ظهوره ليعتبر بأدلة الشريعة ، لتصححه الأدلة أو تزيفه ، أما الحكم بما لا يدري ما هو ، فمن أين يعلم جوازه .

المعنى الثالث : أنه العدول بحكم المسألة عن نظائرها بدليل خاص ، وهذا قول بدليل ، وهو مما لا ينكر ، وإنما يرجع الاستنكار إلى اللفظ[2] هكذا قال الغزالي .

---

(١) سلم الوصول للشيخ بخيت المطيعي مع منهاج الأصول جـ ٤ ص ٣٩٨ ، جمع الجوامع لابن السبكي مع شرح الجلال المحلي جـ ٢ ص ٣٥٣ ، مختصر ابن الحاجب مع شرح العضد جـ ٢ ص ٣٨٨ .

(٢) المستصفى للغزالي جـ ١ ص ٢٧٤

ولما كان هذا المعنى مقبولا عند الجمهور من العلماء، فقد تفننوا في التعبير عنه ، وحظي هذا المعنى بذكر الكثير ، فقد عرفه الكرخي الحنفي بأنه : العدول بالمسألة عن نظائرها إلى حكم آخر لوجه أقوى يقتضي هذا العدول .

كما عرفه أيضا بما هو قريب منه حيث قال : هو قطع المسألة عن نظائرها لما هو أقوى .

وقال البزدوي عنه : إنه العدول عن موجب قياس إلى قياس أقوى منه ، أو هو : تخصيص قياس بدليل أقوى منه[1] .

وعرفه ابن العربي المالكي بأنه : إثبات ترك مقتضى الدليل على طريق الإستثناء والترخيص لما يعارضه في بعض مقتضياته .

وعرفه الباجي بأنه : القول بأقوى الدليلين[2] وبهذا عرفه الشاطبي[3] ،

وعرفه الطوفي من الحنابلة بأنه : « العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل شرعي خاص[4] » .

كما أن بعض العلماء عند تعريفه له نظر إلى الحكمة من الإستحسان كصنيع السرخسي فقد ذكر في كتابه المبسوط عدة تعاريف منها :

(أ) الإستحسان ترك القياس ، والأخذ بما هو أوفق للناس .

(ب) الإستحسان السهولة في الأحكام ، فيما يبتلي فيه الخاص والعام .

(جـ) الإستحسان الأخذ بالسعة ، وابتغاء الدعة .

---

(١) شرح تنقيح الفصول للقرافي ص ٤٥٢ . كشف الأسرار شرح أصول البزدوي جـ ٤ ص ٦ .
(٢) شرح تنقيح الفصول ص ٤٥٢ ، شرح المنار لابن ملك ص ٨١١
(٣) الإعتصام جـ ٢ ص ١٣٦ ، الموافقات جـ ٤ ص ٢٥٧ .
(٤) أصول مذهب الإمام أحمد للدكتور عبد اللّه التركي ص ٥١٤ بالإحالة على شرح مختصر الروضة ورقة ٤٨ مخطوط .

(د) الإستحسان الأخذ بالسماحة ، وانتقاء ما فيه الراحة[1] .

وقد حكى الشوكاني عن ابن السمعاني في هذا المعنى قوله : وإن فسر الإستحسان بالعدول عن دليل إلى دليل أقوى منه ، فهذا مما لا ينكره أحد عليه - أي على من قال به[2] - : وحكى مثل ذلك كثير .

ونحن أمام دعوى إنكار أحد لهذا نلاحظ ما يلي :

أولا : أن ابن حزم أنكر الإستحسان جملة وتفصيلا ، وتحامل على القائلين به ، وشنع عليهم بلهجة شديدة وألسنة حداد[3] ، كما سلك الإمامية هذا المسلك في عدم القول به ، وإن كان قد عرف عندهم بأنه : العدول عن حكم الدليل إلى العادة لمصلحة الناس ، كذا نقل عن أبي القاسم الجيلاني[4] .

فهذا يحملنا على عدم التسليم ، بعدم إنكار أحد . وسيأتي تفصيل ذلك عند الكلام على حجيته .

ثانيا : لو دققنا النظر في بعض هذه التعاريف ، لأدركنا أنها عامة ، أو كما يقول المناطقة أنها غير مانعة كما في تعريف الباجي بأنه العمل بأقوى الدليلين ، فإن هذا ينطبق على الناسخ مع المنسوخ ، والعام مع الخاص ، والمطلق مع المقيد وغير ذلك مما جرى اصطلاحهم عليه .

فضلا عن هذا فإن الكثير منها غير جامع لأنواع الإستحسان كما في الإستحسان بالعرف وسيأتي .

ولعل هذا مجرد إصطلاح ولا مشاحة في اصطلاح .

---

(١) المبسوط للسرخسي جـ ١٠ ص ١٤٥ .

(٢) إرشاد الفحول للشوكاني ص ٢٤١ .

(٣) الأحكام لابن حزم جـ ٦ ص ٧٥٧

(٤) أصول الإستنباط ص ٢٦٤ ، الأصول العامة للفقه المقارن ص ٣٦٥ والمبادىء العامة للفقه الجعفري ص ٢٩٨ .

وقد وجدنا كثيرا من الكاتبين يفضل مسلك الكمال بن الهمام حيث ذكر أن الإستحسان يطلق بإطلاقين:

أحدهما : أنه قياس خفي وقع في مقابلة قياس جلي .

ثانيهما : أنه دليل وقع في مقابلة القياس الظاهر سواء كان الدليل نصا أو إجماعا[1] .

فهذا التعريف بين أن المعدول عنه هو القياس فقط . إلا أن وجه العدول قد يكون قياسا، وهذا يسمى عند الجمهور قياساً خفيا، ويسمى عند الحنفية استحساناً.

وقد يكون وجه العدول نصا أو إجماعا أو ضرورة أو غير ذلك مما سيأتي في أنواع الإستحسان .

وبهذا يتميز الإستحسان عن غيره في أن الإستحسان لا يكون إلا في العدول عن القياس ومرادهم بالقياس الأعم من القياس الإصطلاحي أو القاعدة العامة ، بخلاف التخصيص والاستثناء والتقييد والترجيح . فإن هذه أمور اتفقت عليها كلمة أهل الأصول أو قل شذ الخلاف فيها ، فلا يجوز الخلط بينها وبين الاستحسان بطريق شمول التعريف .

فقد قال فيها أهل الأصول إن التخصيص يكون للعام ، والتقيد يكون للمطلق ، والإستثناء معيار العموم، والعمل بأقوى الدليلين ترجيح الخ .

واتفقت كلمتهم على ذلك ، فلا يجوز الخلط بين هذه ، وبين الإستحسان بطريق شمول التعريف .

قال صاحب الأصول العامة بعد أن أرجع الإستحسان إلى التعارض والتزاحم وغير ذلك من المصطلحات ؛ والخلاصة : إن كان المراد بالإستحسان هو خصوص الأخذ بأقوى الدليلين ، فهو حسن ولا مانع من

---

(١) التقرير والتحبير جـ ٣ ص ٢٢٣ ، فواتح الرحموت جـ ٢ ص ٢٢٣ .

الأخذ به ، إلا أن عده أصلا في مقابل ، الكتاب والسنة ، ودليل العقل لا وجه له . وإن كان كما يقول ابن القفال ما يقع في الوهم ، من استقباح الشيء واستحسانه من غير حجة دلت عليه ، من أصل ونظير فهو محظور ، والقول به غير سائغ[1] .

والحق في ذلك : أننا عند العمل بالإستحسان لا ننظر إلى المدى التطبيقي في شمول الحكم وعدم شموله وهو الذي يعرف بالعام والخاص أو المطلق والمقيد عند من يسوي بينهما .

وليس نظرنا للدليلين من غير معرفة تاريخ المتقدم من المتأخر وهو ما يعرف بالتعادل أو التزاحم أو التعارض ، أو مع معرفة التاريخ وهو المعروف بالناسخ والمنسوخ .

وليس نظرنا للدليلين من حيث مشقة أحد الحكمين وهو ما يعرف بالرخصة والعزيمة . . الخ .

وإنما نظرنا للدليلين من حيث طريقة الإستدلال ، وهي التي تسمى استحسانا عندهم وهذا إصطلاحهم ولا مشاحة في الإصطلاح .

ومن المعلوم أن تتعدد المسميات حسب اختلاف الجهة كالقياس مثلا فإنه يسمى قياسا من حيث استجماعه الأركان والشروط ، كما يسمى اجتهادا من جهة فعل المجتهد : فالشيء واحد وتعددت مسمياته حسب الجهة ولا مشاحة في ذلك .

---

(١) الأصول العامة للفقه المقارن ص ٢٧٧ .

حجية الإستحسان

اختلف العلماء في اعتبار الإستحسان حجة ودليلا شرعيا ، وعدم اعتباره ، وقبل ذكر الأقوال وأدلتها نود أن نحرر محل النزاع فنقول : وبالله التوفيق .

تحرير محل النزاع :

أولا : ذكرنا أن للإستحسان معان ثلاثة منها المقبول ومنها المردود ومنها المتردد بين الأمرين .

فهل الخلاف في أحد هذه المعاني ؟ أم أن الخلاف فيها جميعا بمعنى أن الخلاف في مطلق الإستحسان ؟

ثانيا : إن الأساس في الإستحسان الحنفي يختلف عن الأساس في الإستحسان المالكي .

فالإستحسان الحنفي مبني على اطراد العلة المستنبطة ، بمعنى أنه كلما وجدت العلة وجد المعلول، لكن قد توجد العلة المطردة في محل ولا يوجد الحكم، لوجود نص أو إجماع أو غير ذلك من الأدلة المعتبرة في نظرهم في ذلك المحل.

فعدول المجتهد عن إجراء القياس في هذا المحل ، وإعطاء هذا المحل حكما آخر يخالف حكمه بطريق القياس ، هذا هو الإستحسان الحنفي .

قال السعد التفتازاني : « إن الذي استقر عليه رأي المتأخرين ، أنه دليل يقابل القياس الجلي الذي تسبق إليه الأفهام ، سواء كان هذا الدليل نصا

كقوله عليه الصلاة والسلام . « من أسلم فليسلم في كيل معلوم » ، فإن هذا الحديث يفيد جواز السلم ، حيث هو نص فيه ، والقياس يقضي بعدم جوازه ، لأنه بيع معدوم ، وبيع المعدوم ، لا يجوز »[1] .

وبهذا يتبين أن الإستحسان الحنفي شبيه بكونه من قبيل تخصيص العلة . وإن كان الحنفية ينفون كونه من تخصيص العلة .

وأما المالكية فإنهم يقولون إن أساس الإستحسان هو وجود مصلحة تقتضي حكما يخالف حكم القياس ، ومرادهم بالمصلحة المصالح المرسلة .

قال الشاطبي : « إن أساسه الأخذ بالإستدلال المرسل في مقابل القياس »[2] .

فهل الخلاف بين العلماء في أحد الإستحسانين ؟ أم أن الخلاف فيهما جميعاً ؟

لقد خالف الإمام الشافعي في القول بالإستحسان ، وحمل البعض خلافه على الإستحسان المالكي المستند إلى المصالح المرسلة لأنه لا يقول بها .

وهذا في النفس منه شيء ، لأن من أنواع الإستحسان عند الحنفية كما سيأتي الإستحسان بالعرف والعادة ، والإمام الشافعي لا يقول به أيضا .

فما هو جوابكم فهو جوابنا .

فإن قيل إن الإمام الشافعي أنكرهما أي الإستحسان بالمصلحة والإستحسان بالعرف .

قلنا إن هذين الإستحسانين يرجعان في الواقع إلى الإجماع أو إلى الضرورة . ولا شك أن الامام الشافعي لا ينكر على المضطر عدم الإثم بارتكابه ما يدفع ظمأه أو يقيل جوعه ، أو ينكر حجية الإجماع .

---

(١) حاشية السعد في شرح العضد لمختصر ابن الحاجب جـ ٢ ص ٣٨٨

(٢) الإعتصام جـ ٢ ص ١٣٧ .

وبهذا يتبين أن خلاف الإمام الشافعي ليس في أحدهما ولا فيهما وجعله الشيخ محمد زاهد الكوثري مجرد سبق قلم حيث قال : « وإبطال الإستحسان ما هو إلا مجرد سبق قلم من الإمام الشافعي - رضي اللّه عنه - فلو صحت حججه في إبطال الإستحسان ، لقضت على القياس الذي هو مذهبه ، قبل أن يقضي على الإستحسان[1] .

وذكر الآمدي أن خلاف العلماء في الإستحسان جرى في أحد المعنيين الأولين ونحوهما[2] .

لكن الشاطبي بعد ذكره بعض أقوال الأئمة في المدح فيه ، قال : « وهذا الكلام لا يمكن أن يكون بالمعنى الذي تقدم قبل ، وهو أنه ما يستحسنه المجتهد بعقله ، أو أنه دليل ينقدح . . . الخ فإن مثل هذا لا يكون تسعة أعشار العلم ، ولا أغلب على القياس الذي هو أحد الأدلة »[3] .

وعلى هذا فإن المعنى الأول والثاني ليسا محلا للنزاع ، وإنما هما مردودان بالإتفاق الضمني ، فلم يبق إلا المعنى الثالث ، وقد اتفق الجمهور على قبوله ، فأين محل الخلاف حينئذ ؟

ويبدو لي أن الخلاف يجب أن يتوجه على النحو التالي :

التوجيه الأول : أن الذي حمل البعض على إنكار الإستحسان ، وعدم اعتباره طريقا من الطرق الدالة على الأحكام الشرعية ، إنما هو الورع والتقوى ، وتنزيه الشريعة عن القول فيها بغير دليل ، والبعد بها عن أدعياء الفتوى بغير علم ودون دليل .

وقد حمل هذا الإتجاه الإمام الشافعي رضي اللّه عنه ، ويؤ يد ذلك : الواقع فإنه لم ينقل عن الإمام أبي حنيفة والإمام مالك وكذلك عصر الإمام

---

(١) فقه أهل العراق للشيخ محمد زاهد الكوثري ، بتحقيق فضيلة الشيخ عبد الفتاح أبو غدة ص ٢٦ .

(٢) الإحكام للآمدي جـ ٤ ص ١٥٦ وما بعدها .

(٣) الاعتصام جـ ٢ ص ١٣٨

الشافعي ، معنى يتحقق به الإستحسان ويتميز به عن غيره ، فصار المعنى اللغوي هو السائد ، ولا شك أن المعنى اللغوي يدخل فيه ما يستحسنه الإنسان ويهواه ، وإن كان مستقبحاً في نظر غيره.

ولا ينبغي لنا أن نقول : إن من قال بالإستحسان أراد هذا المعنى ، إذ منصب الإمام أبي حنيفة والإمام مالك يجل عن مثل هذا ، ولما كان المعنى اللغوي سائدا واستمر حتى عصر الإمام الشافعي وجدنا الإمام محمد بن إدريس الشافعي يتحامل على القول به حتى أنه يصفه : بأنه تلذذ وتشهي كما أثر عنه قوله : (من استحسن فقد شرع) .

ونحن أمام هذا لا يسعنا إلا تأييد الأئمة فيما ذهبوا إليه من القول بالإستحسان على ما بينا ، ومن القول بمنعه تورعا كما قال الشافعي .

قال القفال الشاشي من الشافعية : إن كان المراد بالإستحسان ما دلت عليه الأصول بمعانيها فهو حسن لقيام الحجة به ، وهذا لا ننكره ونقول به ، وإن كان ما يقع في الوهم من استقباح الشيء واستحسانه من غير حجة دلت عليه من أصل ونظير فهو محظور ، والقول به غير سائغ ، وقد تبعه في ذلك ابن السمعاني[1] .

وقرر السعد التفتازاني : أنه لا يوجد خلاف بين أئمة المذاهب الأربعة في حجية الإستحسان حيث قال : « الحق أنه لا يوجد في الإستحسان ما يصلح محلا للنزاع ، إذ ليس النزاع في التسمية مع أنه قد يطلق لغة على ما يهواه الإنسان ويميل إليه ، وإن كان مستقبحا عند الغير وكثر استعماله في مقابلة القياس على الإطلاق ، كان إنكار العمل به عند الجهل بمعناه مستحسنا حتى يتبين المراد منه ، إذ لا وجه لقبول العمل بما لا يعرف معناه .

فإن قيل : سلمنا أن انكار الإمام الشافعي كان تورعا ، فكيف استحسن هو حيث قال بالإستحسان في مسائل :

---

(١) إرشاد الفحول ص ٢٤٢

منها : أنه قال في المتعة : أستحسن أن تكون بقدر ثلاثين درهما[1] .

وقال في الشفعة : إنه يؤجل ثلاثا وذلك استحسان مني وليس بأصل[2] .

وقال في أيمان الحكام : وقد رأيت بعض الحكام يحلف بالمصحف وذلك عندي حسن[3] . وقال في الأذان : حسن أن يضع أصبعيه في صماخي أذنيه[4] .

والجواب أن الشافعي في استحساناته تلك كان يستند إلى الدليل .

وتوضيح ذلك :

أن استحسانه المتعة بقدر ثلاثين درهما ، فلما أخرجه البيهقي من رواية موسى بن عقبة عن نافع أن رجلا أتى ابن عمر فذكر أنه فارق امرأته فقال : أعطها كذا فحسبنا فإذا نحو من ثلاثين[5] . ومذهب الشافعي في القديم أن الصحابي إذا انفرد بقول لم يظهر خلافه فهو حجة ، وسيأتي توضيح أن الشافعي يقول بحجية قول الصحابي في القديم والجديد[6] .

وأما استحسانه الشفعة أن تؤجل ثلاثا ، فلأن الناس قد أجمعوا على تأجيله إلى قريب الزمان في مبيته بقية ليلته ، وإمهاله لزمان أكله وشربه ولباسه ، فجعل القريب مقدرا بثلاثة أيام ، لقوله تعالى : ﴿ تمتعوا في داركم ثلاثة أيام ﴾[7] ، فجعلها حدا للقرب .

---

(١) الأم جـ ٥ ص ٥٢

(٢) الأم جـ ٣ ص ٢٣٢

(٣) الأم جـ ٦ ص ٢٨٩

(٤) الأم جـ ١ ص ٧٦

(٥) وروي عن عبد الرزاق عن ابن جريج عن موسى عن عقبة عن نافع عن ابن عمر قال : أدنى ما أرى يجزىء من متعة النساء ثلاثون درهما أو ما أشبهها . أنظر تلخيص الحبير ص ١٥٥٦ .

(٦) حجية قول الصحابي للمؤلف مقال في مجلة أضواء الشريعة التي تصدرها كلية الشريعة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض العدد ٨ ص ٣٦٥ .

(٧) سورة هود آية ٦٥

وأما استحسانه للحاكم أن يحلف بالمصحف ، فلأن الايمان قد تغلظ في كثير الأحوال ، فجاز أن تغلظ بالمصحف الموجب للكفارة لما فيه من فضل الخوف والتحرج .

وأما استحسانه أن يضع المؤذن أصبعيه في صماخي أذنيه ، فلأن بلالا كان يفعله بمشهد رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم[1] ولأنه أحد لصوته .

وبهذا يتبين أن ما استحسنه الشافعي لم يخل من دليل اقترن به . وعقب الماوردي وقال : « والإستحسان بالدليل معمول به وإنما ننكر العمل بالإستحسان إذا لم يقترن به دليل »[2] .

وقد صرح الإمام الشافعي بأنه لا عبرة لإستحسان يستند إلى الهوى والتشهي ، ولا يصح لأحد أن يفتي إلا إذا كان مستندا إلى دليل من الأدلة الشرعية المعتبرة حيث قال : «لا يجوز لمن استأهل أن يكون حاكما أو مفتيا أن يحكم ولا أن يفتي إلا من جهة خبر لازم ، وذلك الكتاب ثم السنة أو ما قاله أهل العلم ولا يختلفون فيه ، أو من جهة قياس على بعض ذلك ، ولا يجوز له أن يفتي بالإستحسان إذ لم يكن الإستحسان واجبا ولا في واحد من هذه المعاني قال تعالى : ﴿ أيحسب الإنسان أن يترك سدى ﴾ ولم يختلف أهل العلم فيما علمت أن السدى هو الذي لا يؤمر ولا ينهى ، ومن أفتى أو حكم بما لم يؤمر به فقد أجاز لنفسه أن يكون في معنى السدى ، وقد أعلمه اللّه « أنه لم يتركه سدى » ثم قال ومن قال أستحسن لا عن أمر اللّه ولا عن أمر رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم فلم يقبل عن اللّه ولا عن رسوله صلى اللّه عليه وسلم ما قال ، ولم يطلب ما قال بحكم الله ولا بحكم رسوله ، وكان الخطأ في قول من قال هذا بينا كأنه قد قال : أقول وأعلم بما لم أؤمر به ولم أنه عنه ، بلا مثال على ما أمرت به ونهيت عنه ، وقد قضى اللّه بخلاف ما قال ، فلم يترك أحدا إلا متعبدا ثم قال : « وإن زعمتم أنه واسع لكم ترك القياس والقول بما سنح

---

(١) رواه الحاكم من حديث أبي جحيفة تلخيص الحبير ٢٩٩

(٢) أدب القاضي للماوردي جـ ١ ص ٦٦٠ بتصرف يسير .

(٣) الأم للإمام الشافعي جـ ٧ ص ٣٧٣ وما بعدها .

في أوهامكم وحضر في أذهانكم واستحسنته مسامعكم حججتم بما وصفنا من القرآن ثم السنة وما يدل عليه الإجماع من أنه ليس لأحد أن يقول إلا بعلم » .
ثم قال : « أفرأيت إذا قال الحاكم والمفتي في النازلة ليس فيها نص خبر ولا قياس ، وقال : أستحسن ، فلا بد أن يزعم أن جائزا لغيره أن يستحسن خلافه ، فيقول كل حاكم في بلد ومفت بما استحسن فيقال في الشيء الواحد بضروب من الحكم والفتيا ، فإن كان هذا جائزاً عندهم فقد أهملوا أنفسهم فحكموا حيث شاءوا ، وإن ضيقوا فلا يجوز أن يدخلوا فيه »، ويقول في هذا ما خلاصته : إن قال الذي يذهب إلى هذا . على الناس أن يتبعوني ، قيل له : من أمر بطاعتك ورأيت إن ادّعى عليك غيرك هذا أتطيعه أو تقول لا أُطيع إلا من أمرت بطاعته ولا طاعة إلا للّه ورسوله » .

ولعل الناظر فيما قاله الإمام الشافعي رضي اللّه عنه يلمس من أول وهلة أن الشافعي أنكر الإستحسان غير المستند إلى دليل ، والذي حمله على ذلك عدم وجود معنى إصطلاحي للإستحسان في عصره والمعنى اللغوي يشمل الإستحسان المقبول والمردود فتحامل على القول به ورعاً ، وبهذا لم يبتعد الشافعي عن نهج غيره من القائلين به من إنه نفى ما نفوا وأثبت ما أثبتوا فشكر اللّه له ولهم وهدانا إلى النهج القويم .

التوجيه الثاني : أن الخلاف في الإستحسان يرجع إلى الخلاف في حجية القياس فمن قال بالقياس قال بالإستحسان، ومن نفى القياس نفى الإستحسان، فقد أنكر الظاهرية والشيعة الإستحسان وقد سبق أنهم أنكروا القياس .

والذي حملني على ذلك أن الإستحسان عدول عن قياس إلى دليل آخر يقتضي حكما يخالف حكم القياس . فلما كان لا بد في الإستحسان من العدول ، وهذا بالتالي يبطل مذهبهم السابق في القياس ، قالوا : بإنكار الإستحسان حتى لا يهدم مذهبهم بعضه بعضا . قال ابن حزم بعد كلام طويل في الرد على من قالوا به : ومن المحال أن يكون الحق فيم استحسنا دون برهان ، لأنه لو كان كذلك لكان اللّه يكلفنا ما لا نطيق . ولكان يأمرنا

بالإختلاف الذي نهانا عنه ، لأنه لا يجوز أصلا أن يتفق استحسان العلماء كلهم على قول واحد مع اختلاف هممهم وطبائعهم . ثم قال : ونحن نجد الحنفيين قد استحسنوا ما استقبحه المالكيون ، وبالعكس ، فبطل أن يكون الحق في دين اللّه عز وجل مردودا إلى الإستحسان إلى أن قال : فصح أن الإستحسان شهوة واتباع للهوى وضلال[1] .

وقال في كتابه « إبطال القياس والرأي والإستحسان »[2] :

« يكفيهم إقرارهم أن القياس حق يتركونه للإستحسان ، وما استحسان فقيه بأولى بالإتباع من استحسان آخر غيره ، ولو صار الدين إلى هذا لكان لكل أحد أن يشرع بالإستحسان ما شاء ، فإن قالوا : إنكم تتركون آية لآية وحديثا لحديث ، قلنا : نعم لأن النصوص فيها النسخ ولا يدخل النسخ في القياس ، فإن أوردوا : ما رآه المسلمون حسنا » . فهذا موقوف ، ولو صح لما كان لهم فيه متعلق لأن « ما رآه المسلمون حسنا هو الإجماع ، ولم يقل « ما رآه بعض المسلمين » واللّه يقول : ﴿ ما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى اللّه ورسوله أمرا أن يكون لهم الخيرة من أمرهم ﴾، فبطل بهذا كل اختيار وكل استحسان ، وقال تعالى : ﴿ وعسى أن تحبوا شيئاً وهو شر لكم ﴾وقال عليه السلام : « حفت الجنة بالمكاره».

وأيضا فأصحاب القياس مختلفون في الإستحسان ، فالشافعي والطحاوي من الحنفية ينكرونه جملة » أ هـ .

وقد علمنا حقيقة موقف الإمام الشافعي في ذلك .

وقال السيد علي تقي الحكيم : وقد احتج به أكثر الحنفية والحنابلة ، ورده أكثر المسلمين كأهل البيت عليهم السلام ، وكثير من الصحابة رضي اللّه عنهم ، وعلماء الشيعة قاطبة ، وكثير من فقهاء غيرهم[3] .

---

(١) الأحكام لابن حزم جـ ٦ ص ٧٥٧ .
(٢) إبطال القياس والرأي والإستحسان والتقليد والتعليل ص ٥٠ تحقيق سعيد الأفغاني .
(٣) أصول الإستنباط جـ ٢ ص ٢٦٤ .

وجاء أيضا في كتاب الأصول العامة : والمعروف عن الشيعة والظاهرية أنهـم من نفـاة الإستحسـان إلى أن قال : والخلاصـة : إن كان المراد بالإستحسان ، هو خصوص الأخذ بأقوى الدليلين فهو حسن ولا مانـع من الأخذ به ، إلا أن عده في مقابل الكتاب والسنة ودليل العقل لا وجه له ، وإن كان كما يقول ابن القفال : ما يقع في الوهم من استقباح الشيء ، واستحسانه من غير حجة دلت عليه من أصل ونظير ، فهو محظور والقول به غير سائغ[1] .

وذكر صاحب هداية العقول الكثير من معاني الإستحسان وبين ما هو مقبول منها وما هو مردود ثم ختم البحث بقوله : وهذه الأقوال تنفي تحقق استحسان مختلف فيه لرجوعها إلى الترجيح بين الأدلة الشرعية وهو أمر متفق عليه ، ولا حاجة بنا إلى فرض إستحسان يصلح محلا للنزاع ثم الإحتجاج على إبطاله[2] .

ولعل الذي يوضح توجيهنا لمحل النزاع ، ما ذكره صاحب الفصـول اللؤلؤية حيث قال: « وليس الخلاف في الإستحسان ، بمعنى فعل الواجب ، أو الأولى ، ولا في إطلاق لفظه اتفاقا ، ولا بمعنى : ما تميل إليه النفس ، ولا من اتباع الأضعف مع وجود الأقوى على الأصح ، وإنمـا الخـلاف فيما وراء ذلك[3] .

مذاهب العلماء في حجية الإستحسان :

مما سبق يتضح أن أقوال العلماء كما يلي :

١ ـ المثبتون لكون الإستحسان دليلا وحجة وهم : الحنفية والمالكية ، أما الحنابلة فقد اختلف النقل عنهم ، والصحيح أنهم من المثبتين لحجيته كذا نقل عنهم الآمدي وابن الحاجب وابن قدامة .

---

(١) الأصول العامة للفقه المقارن للسيد محمد تقي الحكم ص ٣٦٣

(٢) هداية العقول إلى غاية السول جـ ٢ ص ٦٣٨ وما بعدها .

(٣) الفصول اللؤلؤية في أصول العترة النبوية للإمام إبراهيم بن عبد الهادي المرتضى ص ٢٠١ رسالة دكتوراه بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة .

وأما الشافعي فقد علمنا أنه من المثبتين للحجية .

٢ ـ النافون لحجية الإستحسان وهم الظاهرية والشيعة ، ونسبه صاحب شرح الطلعة إلى بشر المريسي من الحنفية[١] ونسبه الشوكاني إلى المعتزلة[٢] وإليك الكلام على أدلة كل فريق .

أدلة المثبت :

الدليل الأول : قول اللّه تعالى : ﴿ واتبعوا أحسن ما أنزل إليكم ﴾ ووجه الدلالة : أن النص إحتوى على فعل الأمر الدال على الطلب ، بإتباع البعض وترك البعض لمجرد كونه أحسن ، وهذا هو معنى الإستحسان ، فدل ذلك على وجوب العمل به وهو المطلوب .

وقوله سبحانه :﴿فبشر عبادِ الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه﴾ فالآية الكريمة ذكرت في مقام المدح والثناء على المتبعين لأحسن القول ، والمدح على الفعل إن كان مع العقاب على الترك كان واجب الفعل ، وإن كان مع عدم العقاب على الترك كان مندوبا ، هكذا قال أهل الأصول .

فقد دار العمل بالإستحسان بين الوجوب والندب ، ويقوي جانب الوجوب الآية الأولى فيكون العمل بالإستحسان واجبا وهذا ما ندعيه .

وقوله تباركت أسماؤه لموسى عليه السلام في شأن التوراة :﴿وأمر قومك يأخذوا بأحسنها ﴾[٣] .

فالآية أفادت أن قوم موسى كانوا مأمورين بالعمل بالأحسن مع وجود الحسن ، ولعل هذا ما ترجحه العقول السليمة وتمضي إليه ، فيكون العمل بالأحسن ثابتا بطريق العقل كما هو ثابت بطريق الشرع .

ولا يقال إن هذا من قبيل « شرع من قبلنا » فليس شرعا لنا .

---

(١) شرح طلعة الشمس جـ ٢ ص ١٥٨

(٢) إرشاد الفحول ص ٢٤١ .

(٣) سورة الأعراف آية ١٤٤ .

لأن هذا مردود حيث صار شرعا لنا بالآيات السابقة .

الدليل الثاني : قوله عليه الصلاة والسلام : « ما رآه المسلمون حسنا ، فهو عند اللّه حسن » .

ووجه الإحتجاج : أنه لو لم يكن حجة لما كان عند اللّه حسنا .

الدليل الثالث الإجماع : وهو أن الأمة أجمعت على إستحسان دخول الحمام ، وشرب الماء من أيدي السقائين من غير تقدير لزمان المكث ومقدار الماء والأجرة .

مناقشة هذه الأدلة :

لم يسلم النافي للإستحسان بهذه الأدلة بل رأينا ابن حزم انبرى لإبطالها حيث قال:

أولا : قال في قوله تعالى ، ﴿ الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه أولئك الذين هداهم اللّه وأولئك هم أولو الألباب ﴾

١ ـ إن هذا الإحتجاج عليهم لا لهم لأن اللّه تعالى لم يقل فيتبعون ما استحسنوا وإنما قال عز وجل ، فيتبعون أحسنه ، وأحسن الأقوال ما وافق القرآن وسنة رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم وهذا هو الإجماع وهو الذي بينه الله عز وجل إذ يقول: ﴿فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر[1] ﴾.

ولم يقل سبحانه ردوه إلى ما تستحسنون .

كما انه ليس من الحق أن يستحسن بدون برهان لأنه لو كان ذلك لكان اللّه تعالى يكلفنا ما لا نطيق ولبطلت الحقائق ولتضادت الدلائل وتعارضت البراهين .

وفي ذلك يقول ، ومن المحال أن يكون الحق فيما استحسنوا دون برهان

(١) سورة النساء آية : ٥٩ .

لأنه لو كان ذلك لكان اللّه تعالى يكلفنا مالا نطيق ولبطلت الحقائق ولتضادت الدلائل وتعارضت البراهين ولكان تعالى يأمرنا بالإختلاف الذي نهانا عنه[1] .

ثم أجاب على سؤ ال وهو : إذ قد ظهرت الفتيا بالرأي في الصحابة فقد أجمعوا على الرضا به ؟

أجاب على ذلك «بأن هذا ليس صحيحاً لأن الذي روى عنهم الفتيا منهم رضي اللّه عنهم مائة ونيف وثلاثون لا يحفظ الكثير منهم في الفتيا إلا عن عشرين ثم لا يحفظ عن أحد من هؤ لاء المذكورين تصويب القول بالرأي ولا أنه دين ولا أنه لازم بل أكثرهم قد روي عنه ذم ما أخبر به من الرأي وعلى أي وجه أفتى به من أنه غير لازم» .

ثم يعكس السؤ ال ويسأل : أعصم أحد من الخطأ بعد النبي صلى اللّه عليه وسلم ؟ فباتفاق جميع المسلمين أنه لم يعصم أحد من الخطأ بعد النبي صلى اللّه عليه وسلم وإن كل دونه يخطىء ويصيب .

ثم يسأل أيضاً: « فإذا كان الأمر كذلك أفيسوغ لأحد أن يقول أنهم قد أجمعوا على الخطأ»؟

ثم يجيب بأن هذا لا يقوله أحد وإنما يكون الإجماع صحيحا فلا يجوز لأحد أن يفتي برأي في مسألة إلا وقد أفتى فيها بنص رواه أو موافق لنص أي من الواجب أن تعرض على كتاب اللّه وسنة رسوله فالقرآن والسنة يشهدان بصحة هذا الرأي[2]

ثانيا : رده على احتجاجهم بحديث رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند اللّه حسن »

إن هذا الحديث ليس صحيح السند ولو أتى على وجه صحيح لما كان لهم فيه حجة لأن قوله « فما رآه المسملون » أي يقصد جميع المسلمين وليس

---

(١) أنظر كتاب الأحكام في أصول الأحكام لابن حزم جـ ٥ ص ٧٥٧ .

(٢) أنظر الأحكام في أصول الأحكام لابن حزم جـ ٥ ص٧٥ بتصرف .

بعضهم ، وجميعهم يعني الإجماع الذي لا يجوز خلافه لو تيقن . ولو كان يقصد به بعض المسلمين لكنا مأمورين بالشيء وضده وبفعل الشيء وتركه معا .

وفي ذلك يقول « واحتجوا في الإستحسان بقول يجري على ألسنتهم وهو ما رآه المسلمون حسنا فهو عند اللّه حسن وهذا لا نعلمه فيما يسند إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم من وجه أصلا . وأما الذي لا شك فيه فإنه لا يوجد البتة في مسند صحيح وإنما نعرفه عن ابن مسعود[١] .

وفي نهاية كلامه عن الإستحسان يوجه سؤالا لمن قال بالإستحسان : وهو قوله : ما الفرق بين ما استحسنت أنت واستقبحه غيرك وبين ما استحسنه غيرك واستقبحته أنت ؟ وما الذي جعل أحد السبيلين أولى بالحق من الآخر ؟ وهذا ما لا انفكاك منه[٢] .

أدلة النافي للإستحسان :

أولا : استدلال ابن حزم .

١ ـ إن الإستحسان الذي كانوا عليه ، فيما قارب عصر أبي حنيفة ومالك هو الذي يرونه أحوط أو أخف أو أقرب من العادة والمعهود ، أو أبعد من الشناعة ، وهذا كله راجع إلى ما طابت عليه أنفسهم ، وهذا باطل بقوله تعالى : «ونهى النفس عن الهوى[٣]» .

وقوله : ﴿ إن النفس لأمارة بالسوء ﴾[٤]وقوله سبحانه :.﴿ومن أضل ممن اتبع هواه بغير هدى من اللّه﴾[٥] .

ففي هذه الآية أبطال أن يتبع أحد ما استحسن بغير برهان ، من نص أو

---

(١) أنظر الاحكام في أصول الأحكام لابن حزم الظاهري جـ ٥ ص ٧٥٩

(٢) المرجع السابق ص ٧٦١ .

(٣) سورة النازعات آية (٤٠)

(٤) سورة يوسف آية (٥٣)

(٥) سورة القصص آية (٥٠)

إجماع ، ولا يكون أحد أحوط على العباد المؤمنين من اللّه خالقهم ورازقهم وباعث الرسل إليهم . وهذا كله ظنون فاسدة لا تجاوز إلا شدق من لم يتمرن بمعرفة الحقائق .

٢ ـ قال تعالى :﴿فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى اللّه والرسول إن كنتم تؤمنون باللّه واليوم الآخر﴾[١] .

فقد أمر بالرد إلى كتاب اللّه وسنة رسوله صلى اللّه عليه وسلم ، ولم يقل فردوه إلى ما تستحسنون .

وإذا لم يبق إلا الإستحسان المطلق ، فليس استحسان زيد أولى من استحسان عمرو ، ويصير الدين عملا غير حقيقة ، وحراما حلالا معا ، وحقيقا باطلا معا ، وتخليطا فاسدا ، وهذا أبين من أن يغلط فيه من له حس .

٣ ـ من الباطل أن يكون الحق في دين اللّه مردودا إلى إستحسان بعض الناس ، وإنما يكون هذا لو كان الدين ناقصا ، فأما وهو تام لا مزيد فيه ، مبين كله منصوص عليه ، فلا معنى لمن يستحسن شيئا منه أو من غيره ولا لمن استقبح شيئا منه أو من غيره .

والحق حق وإن استقبحه الناس ، والباطل باطل وإن استحسنه النلس فصح أن الإستحسان شهوة وإتباع للهوى وضلال[٢] .

وقد أفاض ابن حزم في استدلاله واكتفينا بهذا القدر حيث أن الكثير مما قاله ذكر في الجزء الأول في باب القياس .

ثانيا : إستدلال الشافعي وقد علمنا حقيقة مذهبه وهي كما يلي :

الدليل الأول : أنه لو جاز القول بالإستحسان لجاز لأهل الفكر والنظر ممن لا صلة لهم بعلوم الشريعة القول برأيهم ويكون ما رأوه شرعا متبعا ، ومن المعلوم أنه لا سبيل لغير أولي الأمر من العلماء حظ ولا نصيب في القول بالشرع

(١) سورة النساء آية (٥٨)

(٢) الأحكام لابن حزم جـ ٥ ص ٧٦٣ .

إتفاقا ، فما أدى إلى الإذن لهم في القول ، يكون باطلا مخالفا للإجماع .

الدليل الثاني :

قال تعالى : ﴿ اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً[١] ﴾ ، وقال تعالى : ﴿أيحسب الإنسان أن يترك سدى[٢]﴾ ، وقال سبحانه ﴿ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شيء وهدى ورحمة[٣]﴾ ، وقال جل شأنه : ﴿ما فرطنا في الكتاب من شيء[٤]﴾ ، ﴿وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم[٥]﴾ . وقال النبي صلى الله عليه وسلم : «ما تركت شيئاً مما أمركم الله به إلا وقد أمرتكم به ، ولا شيئا مما نهاكم الله عنه إلا وقد نهيتكم عنه» .

فإن هذه النصوص تدل على أن اللّه لم يترك الناس سدى وأنه أكمل الدين ؛ وأتم النعمة ؛ وجعل الكتاب تبياناً لكل شيء ، فلو جاز لأحد أن يقول بغير كتاب ولا سنة ولا إجماع ، ولا قياس على واحد منها ، لجاز الخلف في خبره تعالى[٦] .

الدليل الثالث :

قال الشافعي رحمه اللّه ـ قال اللّه عز وجل لنبيه الكريم عليه الصلاة والسلام ﴿واتبع ما يوحى إليك من ربك[٧]﴾. وقال تعالى : ﴿وأن احكم بينهم بما أنزل اللّه ولا تتبع أهواءهم[٨]﴾، وقال تعالى : ﴿يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق[٩]﴾، وليس يؤمر أحد أن يحكم

(١) سورة المائدة آية ٣ .
(٢) سورة القيامة آية ٣٦ .
(٣) سورة النحل آية ٨٩ .
(٤) سورة الأنعام آية ٣٨ .
(٥) سورة النحل آية ٤٤ .
(٦) الأم جـ ٧ ص ٢٧٠ وما بعدها والرسالة ص ٢٠
(٧) سورة الأحزاب آية ٢ .
(٨) سورة المائدة آية ٤٩ .
(٩) سورة ص آية ٢٦ .

بحق ، إلا وقد علم الحق ، ولا يكون الحق معلوما إلا عن اللّه نصا أو دلالة من اللّه ، فقد جعل اللّه الحق في كتابه ثم سنة نبيه صلى اللّه عليه وسلم ، فليس تنزل نازلة إلا والكتاب يدل عليها نصا أو جملة .

فهذا الدليل الذي ساقه الشافعي يدل على أن اللّه تعالى قد أمر باتباع كتابه ، وقد دل الكتاب على وجوب طاعة نبيه ، وأمر النبي بإتباع الإجماع ، وأوجب الحكم بالحق ، وهذا يدل على أنه ليس لأحد أن يقول إلا إتباعاً للخبر أو الإجماع والقول بالقياس إتباع لها فكان القائل به متبعاً نصا أو إجماعاً أما الإستحسان فهو شيء خارج عن هذه الأدلة ، فلا يكون إتباعاً للكتاب والسنة ولا قياساً عليهما .

الدليل الرابع :

أن النبي صلى اللّه عليه وسلم ، وهو الذي لا ينطق عن الهوى لم يفت في أمر من أمور الدين بما استحسنه بل كان يتبع الوحي فإذا لم يجد وحيا انتظر الوحي ، فإذا لم يجز للرسول عليه السلام أن يقول إلا إتباعاً للخبر أو قياسا عليه ، فأولى لغيره ألا يقول في دين اللّه إلا بالخبر باتباعه فيما فيه الخبر ، وللقياس على الخبر فيما ليس فيه خبر .

قال الشافعي : « وجاءت امرأة أوس بن الصامت تشكو إليه أوساً فلم يجبها حتى أنزل اللّه عز وجل ﴿قد سمع اللّه قول التي تجادلك في زوجها[1] ﴾. وجاء العجلاني يقذف امرأته قال : لم ينزل فيكما ، وانتظر الوحي فلما نزل دعاهما فلاعن بينهما ، كما أمره اللّه عز وجل[2] » .

فدل هذا على أنه لا يجوز لأحد أن يفتي في دين اللّه إلا إتباعا للخبر نصا أو حملا على نص ، ولا يقول بما تهواه نفسه ويميل إليه طبعه لأن هذا لم يجز لنبي معصوم فكيف يدعيه عالم لنفسه .

---

(١) سورة المجادلة آية ١ .

(٢) الأم جـ ٧ ص ٢٧١

الدليل الخامس :

لو كان مقبولا من المجتهد في علوم الشرع الذي يعرف الأصول من الكتاب والسنة والإجماع أن يقول في أحكام الشرع استحساناً من غير خبر لازم من كتاب ولا سنة ولا إجماع ولا قياس على واحد منها لجاز لأهل العقول الراجحة ممن ليس لديهم علم بأصول الشريعة وقواعد الإستنباط فيها ، أن يستحسنوا ما دام يرجع الإستحسان إلى ما يميل إليه الإنسان بطبعه . ويستحسنه بعقله مع أن الإجماع قائم على أنه لا يجوز لأحد أن يقول في الشرع اجتهادا إلا إذا كان على علم بالأصول من الكتاب والسنة والإجماع والقياس[1] .

الدليل السادس :

أنه إذا جاز لحاكم أن يحكم باستحسانه ، لجاز ذلك لكل حاكم ، وبذلك تكون الواقعة الواحدة محلا لأحكام كثيرة متناقضة تختلف باختلاف ذوق كل حاكم وما تهواه نفسه ويميل طبعه ، وبذلك لا يكون للحق ضابط يرجع إليه في معرفته ، وما هكذا تكون شريعة اللّه عز وجل الذي أمر باتباع الحق ثم قال : ﴿ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السموات والأرض ومن فيهن﴾، فكان هذا دليلا على أن للحق ضابطا غير العقل ، وذلك هو الخبر من الكتاب والسنة ثم القياس على الخبر فيما ليس فيه خبر .

ثالثا : إستدلال الشيعة :

لم يذكر الشيعة أدلة لإبطال دعواهم في نفي حجية الإستحسان ، اللهم إلا بعض نتف كقول الشيخ المظفر في الإستحسان والمصالح المرسلة « وهي إن لم ترجع إلى ظواهر الأدلة السمعية أو الملازمات العقلية ، لا دليل على حجتها ، بل هي أظهر أفراد الظن المنهي عنه[2] » .

(١) الأم جـ ٧ ص ٢٧٣

(٢) أصول الفقه للشيخ محمد رضا المظفر جـ ٤ ص ٢٠٥ .

وقول السيد علي تقي الحيدري فقد قرر إنكاره حكاه عن أهل البيت وكثير من الصحابة وعلماء الشيعة قاطبة ، وكثير من فقهاء غيرهم ، وأحال الإستدلال على ذلك بما روي عن الشافعي وابن حزم وما ذكر في ذم الرأي[1] .

تعليق

وبعد هذه الجولة بين أدلة المثبت والنافي يتبين أن النافي بنى مذهبه على أنه عمل بالرأي شأنه شأن القياس الذي أنكروه سابقا .

ولعل هذا يتسق في موقف الظاهرية في إنكار القياس ، وإنما قصدوا إلى إعلان ثقتهم بكمال الشريعة وأنها نصت على كل حكم من الأحكام ، فأحكامها ليست ناقصة حتى تحتاج إلى الإستحسان فيكملها ، بل هي كاملة وصالحة لكل زمان ومكان .

وغاب عنهم أن من كمالها مطاوعتها واستيعابها الأحكام مع تغير الأحوال والأزمان . ولست أتهمهم بالقول بجمود الشريعة ، وأن الأحكام التي نصت عليها هي ديننا من شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر ، ولكنه التشدد في الورع ، لأنهم يعترفون بأن هذه الشريعة لم توضع إلا لمصالح العباد ومن هنا كان قول الرسول صلى اللّه عليه وسلم : « بشروا ولا تنفروا ، ويسروا ولا تعسروا » فكيف يختار المجتهد اليسر مع وجود العسر ولعل هذا هو الإستحسان ،

أما الشيعة فقد علمنا أن دعواهم ينقصها الدليل ، ودعوى بلا دليل باطلة وما ذكروا من الإحالة على أدلة الغير فقد بان ذلك كله لكل ذي عينين واللّه الموفق .

أقسام الاستحسان

الإستحسان قد يكون استثناء جزئيا من أصل كلي أو ترجيح قياس خفي

(١) أصول الإستنباط ص ٢٦٤ .

على قياس جلي وهذه قسمة الإستحسان بالنظر إلى ما عدل عنه وما عدل إليه ، وقد ينظر إلى الإستحسان من جهة سنده هكذا ذكر العلماء أقسام الإستحسان ومرادهم من القياس القياس الجلي أو القاعدة الكلية وعلى هذا نقول والله الموفق :

أولا : ينقسم الإستحسان بالنظر إلى الدليل الذي يثبت به أو ما يعبر عنه في كتب الفقه بوجه الإستحسان إلى أربعة أقسام :

١ ـ الإستحسان بالنص ، ومعناه أن يرد نص في مسألة يتضمن حكما بخلاف الحكم الكلي الثابت بالدليل العام ، وقد قال الغزالي عن هذا النوع : وهذا مما لا ينكر ، وإنما يرجع الإستنكار إلى اللفظ ، وتخصيص هذا النوع من الدليل بتسميته إستحسانا من بين سائر الأدلة[١] .

والنص قد يكون قرآنا ، كما في مشروعية الوصية ، فإن مقتضى القياس عدم جوازها ، لأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت ، إلا أنها استثنيت من تلك القاعدة العامة بقوله تعالى : ﴿ من بعد وصية يوصي بها أو دين[٢] ﴾ .

وقد يكون النص سنة كالحديث الوارد في صحة صوم من أكل أو شرب ناسيا ، فمقتضى القياس ، فساد الصوم لعدم الإمساك عن الطعام ، ولكن استثنى ذلك بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم « من أكل أو شرب ناسياً فلا يفطر فإنما هو رزق رزقه الله » .

وفي رواية : « من نسي وهو صائم ، فأكل أو شرب فليتم صومه ، فإنما أطعمه الله وسقاه »[٣] .

وكان أبو حنيفة يقول فيمن أكل ناسياً لولا الرواية لقلت بالقياس[٤] .

---

(١) المستصفى للغزالي جـ ١ ص ١٣٩ :

(٢) سورة النساء آية ١١

(٣) الحديث : رواه الجماعة إلا النسائي . وفي لفظ « إذا أكل الصائم ناسيا أو شرب ناسياً ، فإنما هو رزق ساقه الله إليه ولاقضاء عليه » رواه الدارقطني وقال إسناده صحيح . نيل الأوطار جـ ٤ ص ٢٠٦

(٤) ذكره صاحب تعليل الأحكام ص ٢٣٨ بالإحالة على حجة الله البالغة جـ ١ ص ١٦١

وقد مثل السرخسي لهذا النوع بقاطع الطريق إذا أخذ المال فقط ، ثم ترك ذلك تائبا ، فالقاعدة تقتضي ، توقيع العقوبة عليه ، ولا يسقطبالتقادم ، لأن المسبب وهو الحد يلزمه بارتكاب سببه ، وقد قالوا إذا وجد السبب وجد المسبب ، لكن الإستحسان يمنع إقامة الحد عليه ، لأنه تاب قبل أن يقدر عليه ، والأصل فيه ما روي أن الحارث بن زيد قطع الطريق ثم ترك ذلك وتاب ، فكتب علي بن أبي طالب كرم اللّه وجهه ، إلى عامله بالبصرة ، أن الحارث بن زيد كان من قطاع الطريق ، وقد ترك ذلك وتحول عنه فلا تعرض له إلا بخير[1] .

٢ ـ الإستحسان بالإجماع : هو انعقاد الإجماع بطريق التصريح أو السكوت على حكم مسألة تخالف قياساً أو قاعدة عامة .

ومثلوا له بعقد الإستصناع ،وهو الطلب من الغير صنع شيء كالحذاء أو الثياب أو غيرها نظير أجر معين من المال .

فهذا العمل يتفرع منه صورتان :

الأولى : أن الطالب يعطي هذا الصانع الأجر المتفق عليه قبل إتمام الأخير صنعته ، وهذا جمع بين البدل والمبدل منه في جهة واحدة وهذا لا يجوز قياساً لكنه جاز إستحساناً .

الثانية : أن لا يعطي الصانع شيئا من الأجر قبل إتمام عمله ، وهذا لا يجوز أيضا لما يحويه من الجهالة والغرر ، لأنه عقد على معدوم والعقد على المعدوم لا يجوز قياساً . لكنه جاز إستحسانا .

وسند الإستحسان في هاتين الصورتين إنما هو جريان التعامل بهما في كل الأزمان من غير إنكار أحد من أهل الإجتهاد ، وذلك لشدة الحاجة ودفع الضرر المترتب على المنع من ذلك التعامل[2] .

---

(١) المبسوط للسرخسي جـ ٩ ص ٢٠٤

(٢) التقرير والتحبير جـ ٦ ـ ص ٢٢٢ ، فتح القدير جـ ١ ص ٦٧

ومن أمثلته ما ذكره الشاطبي من حكاية الإجماع على وجوب دفع كل قيمة بغلة القاضي على من قطع ذنبها ، وقالوا في ذلك إنه لا يحتاج إليها إلا للركوب فقط ، وقد امتنع ركوبه لها بسبب فحش ذلك العيب ، حتى صارت من جهة ركوبها كالمعدومة ، فألزموا الفاعل ، دفع جميع قيمتها هكذا نص عليه القاضي عبد الوهاب وقال إنه الأشهر في المذهب المالكي[1] .

فإن قيل في هذين النوعين إن حكم إستحسان الأثر هو حكم الأثر نفسه الذي استند إليه المجتهد ، وأن حكم إستحسان الإجماع هو ما يقتضيه الإجماع وحده ، فإذا ثبت الأثر أو تحقق الإجماع فلا يلتفت إلى الأدلة الأخرى من قياس أو إستحسان[2] .

وعلى هذا فلا داعي لذكرهما وجعلهما من أنواع الإستحسان ، اللهم إلا إن كان المراد إلزام خصوم الإستحسان بالإستحسان .

قلنا : إن الإخراج من حكم القياس الجلي أو القاعدة العامة ، شيء غير مألوف فإن كلاً من الجلي أو القاعدة العامة عند تقابله مع النص يتمم العمل بالنص وترك ما عداه كذلك الحال عند تقابله مع الإجماع ، فلما كان العمل بالنص فقط . أو الإجماع فقط يترتب عليه إهدار كل من القياس الجلي والقاعدة العامة في جميع الصور ، قلنا بالعمل بهما في الصورة التي وجد كل منهما فيها وعملنا بالقياس أو القاعدة العامة في غير الصورتين وفي هذا إعمال للدليلين وهو أولى من إعمال أحدهما .

٣ ـ إستحسان الضرورة أو الإستحسان بالمصلحة

واستحسان الضرورة هو العدول عن حكم القيلس لوجود صورة توجب اتباع ما تقتضيه .

ومن أمثلته :

---

(١) الإعتصام للشاطبي جـ ٢ ص ٣٢٤ وما بعدها .

(٢) المدخل الفقهي العام للأستاذ الدكتور مصطفى الزرقاء فقرة ٢٠ .

١ ـ القياس أن جميع المرأة عورة من قرنها إلى قدمها ، وقد أشار إلى هذا الأصل قول الرسول ـ صلى اللّه عليه وسلم ـ :« المرأة عورة مستورة » ولكن الضرورة اقتضت إباحة النظر إلى بعض المواضع منها ، كضرورة مداواتها حفظاً لحياتها إذ ينظر الطبيب إلى موضع المرض من الأجنبية عنه ، ومن هذا القبيل إباحة النظر إلى الساعد والمرفق ممن آجرت نفسها للطبخ والخبز لحاجتها إلى إبدائها ، والنظر إلى الوجه والكفين عند طلب التزوج ، ومن قاض يحكم أو شاهد يشهد عليها[1] .

٢ ـ من القواعد المقررة أن شهادة غير المسلمين لا تقبل على المسلم تطبيقاً لقول اللّه سبحانه :

﴿ ولن يجعل اللّه للكافرين على المؤمنين سبيلا﴾[2] .

ولكن الضرورة اقتضت أن نعدل عن هذه القاعدة ونقبل شهادة غير المسلم إستحساناً ، وذلك إذا ادعى مسلم أن ذمياً أوصى إليه ، وأحضر غريماً مسلماً ، عليه حق للموصي ، وهذا الغريم مقر بالحق لكنه ينكر موت الذمي والإيصاء ، فإن شهد ذميان بالموت والوصية قبلت شهادتهما ، مع أن القياس عدم قبولها لأنها شهادة على المسلم قصداً ، ووجه الإستحسان أن الوصية تقع غالباً عند الموت ، وموت غير المسلمين يكون في منازلهم ، والمسلمون لا يخالطونهم فيها ، فلو لم تقبل هذه الشهادة لضاعت الحقوق .

ومن الحوادث المماثلة : ما إذا إدعى كتابي أن أباه الكتابي مات وهو وحده وارثه ، وأحضر غريماً مسلماً ، فأنكر البنوة ، فاستشهد المدعي كتابيين ، فالقياس عدم قبول الشهادة لأنها شهادة على المسلم قصداً ، والإستحسان يقضي بقبولها للضرورة ، لأن النسب لا يثبت إلا بالزواج والولادة ، والمسلمون لا يحضرونهم فيها ، فمست الحاجة إلى قبول شهادتهم صيانة للحقوق . ولئن كان الحنفية يقتصرون على الصورتين المذكورتين في بيان

---

(١) المبسوط جـ ١٠ ص ١٤٥ ،ورد المحتار والدر المختار جـ ٥ ص ٣٢٥

(٢) سورة النساء آية ١٤١

الضرورة الموجبة لقبول شهادة غير المسلمين على المسلم .

فإن الإمام شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه اللّه يرى قبول هذه الشهادة في كل ضرورة حضراً وسفراً ، وهو بذلك يحفظ كثيراً من الحقوق والمصالح التي تحرص عليها الشريعة العادلة ، وقد رأينا من أهل الكتاب من يشتهر بالصدق بحيث يسكن القلب إلى شهادته ما لا يسكن إلى كثير من المنتسبين إلى الإسلام ، وسر المسألة ان مدار قبول الشهادة وردها على غلبة ظن الصدق وعدمه . قال ابن القيم :

«إن الكافر الفاسق قد يقوم على خبره شواهد الصدق فيجب قبوله والعمل به وقد استأجر النبي صلى اللّه عليه وسلم في سفر الهجرة دليلا مشركاً على دين قومه فأمنه ودفع إليه راحلته ، ولا يجوز لحاكم رد الحق بعد ما تبين وظهرت أمارته بقول أحد من الناس »[1] .

٣ ـ من دفع لآخر مالا ، وأمره أن ينفق له منه على أسرته ، فأمسك المأمور ما دفع إليه ، وأنفق من ماله الخاص ليرجع بما أنفقه فيما تسلمه ، فإن القياس يحكم بأن المأمور متبرع ، إذ خالف الأمر وأنفق ماله على غيره بغير أمر فيرد المال إلى صاحبه ، لأنه أمره أن ينفق من ماله لا من مال نفسه ، فلما أنفق من مال نفسه خالف وكان متطوعاً .

ولكن الإستحسان يستبعد حكم التبرع ، ويقرر التقاص بين المالين في هذه المسألة ونظائرها ، أخذا بمقتضيات الضرورة ونفي الحرج ، جاء في قرة عيون الأخيار لتكملة رد المختار :

والوكيل بالشراء يملك النقد من مال نفسه ثم يرجع به على الآمر ، وهذا لأنه لا يستصحب مال الآمر في كل مكان ، وينفق له ما أمره من غير قصد ، فيشتريه له ويحتاج للنقد من مال نفسه ، فلم يكن متبرعاً ، تحقيقاً لقصد

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم صـ ٨٩ ، والحموي على الأشباه صـ ٣٢٤ ، ٣٢٥ ، ونيل الأوطار جـ ٩ صـ ٢٠٤ ـ ٢٠٨ والطرق الحكمية صـ ٥٣ ، ٢٤ ، ١٥٧ ـ ١٧٣ ، والمحلى جـ ٩ ص ٤٠٥ ـ ٤١٢، ١٣٥١ هـ . وتفسير الطبري. وجامع البيان جـ ٥ ص ٢١٤ . وفتح القدير على الهداية جـ ٦ ص ٤١ ـ ٤٣ ومعين الحكام ص ١٤٦

الآمر ، ونفياً للحرج عن المأمور[1] .

والضرورة قاعدة قطعية في الدين ، أخذت من مجموع نصوص الشريعة بطريق الإستقراء المفيد للقطع ، وهي عند الأحناف تعادل المصلحة الضرورية الخاصة ، والمصالح الحاجية إذا كانت عامة للخلو عند من يقول بالمصالح .

قال الإمام السرخسي في تعريف الإستحسان : « إنه ترك القياس والأخذ بما هو أوفق للناس ، وقيل طلب السهولة في الأحكام فيما يبتلى فيه الخاص والعام ، وقيل الأخذ بالسعة و ابتغاء الدعة .

وعلى هذا فليس ما يدعو إلى إفراد كل من الضرورة والمصلحة ببحث مستقل اللهم إلا إن كان المراد المبالغة في التوضيح .

٤ - الإستحسان بالعرف والعادة :

ومعناه العدول عن مقتضى القياس إلى حكم آخر يخالفه لجريان العرف بذلك قولا كان هذا العرف أو عملا .

فالقولي كثير في الايمان فمن حلف أن لا يدخل مع فلان بيتا ، فدخلا معا مسجدا ، فإنه لا يحنث مع أن المسجد في الفقه يسمى بيتا ، كما ذكر ذلك القرآن الكريم حيث قال تعالى : ﴿ في بيوت أذن اللّه أن ترفع ويذكر فيها اسمه[2] ﴾ .

فلما تعارف الناس إطلاق المسجد على بيت اللّه المخصص للعبادة ، ترتب على ذلك عدم حنث الحالف إذا دخل المسجد مع فلان[3] .

وأما العرف العملي فكإستئجار المرضعة بطعامها وكسوتها ، فإن كون الأجرة طعاما وكساء أيجوز إستحسانا عند أبي حنيفة رحمه اللّه .

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما اللّه لا يجوز لأن الأجرة مجهولة فصار كما

---

(١) قرة العيون جـ ١ ص ٢٩٢

(٢) سورة النور آية ٣٦ .

(٣) الموافقات جـ ٤ ص ١١٧ ، والإعتصام جـ ٢ ص ٣٢٣ .

إذا استأجرها للخبز والطبخ فإنه لا يجوز إلا بأجر معلوم .

لكن أبا حنيفة قال بالجواز إستحسانا لأن العادة الجارية بالتوسعة على المراضع شفقة على الأولاد ترفع الجهالة[1] .

الثاني : تقسيمه من حيث قوة الأثر وضعفه :

ينقسم الإستحسان من حيث قوة أثره وضعفه إلى أربع صور :

الأولى : أن يكون القياس ضعيف الأثر والإستحسان قوى التأثير .

الثانية : العكس وهو ضعف تأثير الإستحسان وقوة تأثير القياس .

الثالثة : أن يكون كل منهما قوي الأثر .

الرابعة : أن يكون كل منهما ضعيف الأثر .

وقد اشتهر من هذه الصور الصورة الأولى والثانية وإليك البيان :

قال الحنفية : أن من الإستحسان قسما قوي تأثيره وبان رجحانه ، بحيث يقدم على القياس الجلي عند التعارض ، وقد مثلوا له بسؤ ر سباع الطير ، فإنه عند قياسه على سباع البهائم يكون نجسا ، لأن لحم كل منهما حرام ، فيكون سؤ ره نجسا كسؤ ر سباع البهائم ، وحكمه بطريق الإستحسان طهارة سؤ ر سباع الطير ، ووجه هذا الإستحسان : أن سباع البهائم ليست بنجسة العين ، ونجاسة سؤ رها ، باعتبار أنها تأكل بلسانها فيختلط لعابها النجس بالماء فتنجسه ، بخلاف سباع الطير فإنها تأخذ بمنقارها وهو عظم ، والعظم ليس بنجس من الميت فعظم الحي أولى . قال الرهاوي : إن لحم سباع الطير حرام ، والسؤ ر معتبر باللحم فيكون نجسا كسؤ ر سباع البهائم بجامع السؤ ر لكنهم استحسنوا أن يكون طاهرا مكروها ، لأنها تشرب بمنقارها على سبيل الأخذ والإبتلاع من غير مخالطة لعابه وهو عظم جاف طاهر ، لا رطوبة فيه ، فلا يتنجس الماء بملاقاته ، فيكون سؤ رها كسؤ ر الآدمي ومأكول اللحم لانعدام العلة الموجبة للنجاسة ، وهي الرطوبة النجسة الحاصلة في آلة الشرب ، كما في سباع البهائم فإنها تشرب

(١) فتح القدير جـ ٧ ص ١٨٥ ، رد المحتار جـ ٣ ص ٩٨ وما بعدها .

بلسانها وهو رطب بلعابها المتولد من لحمهـا النجس ، ومـا كان متولـدا من النجس فهو نجس . إلا أنه يكره كراهة تنزيهية لأن سباع الطير لا تحترز عن تناول الميتات والنجاسات بمنقارها، فيتوهم بقاء شيء من ذلك عليها[1] .

وأما إذا ضعف تأثيره بالنظر إلى مقابلـه وهو القياس ، فإنه لا يقدم على القياس ، وهذا ما يعبرون عنه في بعض الأحكام بقولهم: قياسا لا إستحسانا، وقد مثلـوا له : بسجـدة التـلاوة في الصلاة .

فالقياس الجلي يقتضي أنه يصح أن تؤدى بالركوع كما تؤدى بالسجود لأن كلا منهما تعظيم للّه تعالى بالإنحناء ولهذا كان القياس فيما وجب بالتلاوة في الصلاة ألا يتأدى بالركوع كما يتأدى بالسجود .

وقد عبَّر اللّه تعالى عن السجود بالـركوع في قولـه جل شأنـه :﴿وخرَّ راكعا[2]﴾ أي سقط ساجدا.

والقياس الخفي يقتضي عدم صحة الركوع بدلا عن السجود في سجدة التلاوة في الصلاة . لأنه كما لا يصح ألا تؤدى السجـدة التـي هي ركن في الصلاة بالركوع فكذلك سجدة التـلاوة لا تؤدى به في الصـلاة بجامـع أن الركوع مغاير للسجود المأمور به في كل . وإن عدم إنابة الركوع مناب السجود عملا بالحقيقة .

وعلى هذا فإن الركوع يقوم مقام سجدة التلاوة ويجزي عنها قياسا ، لأن الركوع والسجود متشابهان في معنى الخضوع . وفي الإستحسان لا يجوز ذلك لأنا أمرنا بالسجود ، والركوع غيره ، لأن المأمور به لا يتـأدى بغـيره ، لكن القياس أولى بالعمل به لقوة أثره الباطن ، والركوع في الصلاة يعمل بما هو المقصود من السجود لأن الركوع فيها عبادة كالسجود فيسقط عنه السجود ، بخلاف سجود الصلاة حيث لا يجوز إقامة الركوع مقامه ، فصار الأثر الخفي للقياس هو حصول المقصود بالركوع مع الفساد الظاهر وهو إعتبار نفس الشبه والعلم بالمجاز مع إمكان الحقيقة أولى من الأثر الظاهر للإستحسان وهو العمل

---

(١) شرح المنار وحواشيه ص ٨١٤ ، تيسير التحرير جـ ٤ ص ٧٨ ، التقرير والتحبير جـ ٣ ص ٢٢٣ .

(٢) سورة: ص آية ٢٤ .

بالحقيقة مع الفساد الخفي وهو جعل غير المقصود مساويا للمقصود .

وأما إذا كانا قويين فالقياس يرجح لظهوره ، وأما إذا كانا ضعيفين فإما أن يتساقطا أو يعمل بالقياس لظهوره .

ومن هذا التقسيم نجد أن الإستحسان لا يترجح على القياس في هذه الصور الثلاث وإنما يترجح في صورة واحدة .

وقد جعل أبو الخطاب من الحنابلة الإستحسان راجع إلى تخصيص العلة فقد ورد في المسودة : إن معنى الإستحسان أن بعض الأمارات تكون أقوى من القياس فيعدل إليها من غير أن يفسد القياس وهذا راجع إلى تخصيص العلة . قال : وشيخنا يمنع من تخصيص العلة ويقصر القول بالإستحسان[1] .

لكن صدر الشريعة ، ينص على أن الإستحسان ليس من باب تخصيص العلة ، لأن ترك القياس بدليل أقوى منه لا يعتبر تخصيصا لعلته ، وإنما هو كما يقول السعد في حاشيته التلويح : إنعدام الحكم في صورة الإستحسان إنما هو لإنعدام العلة ، فموجب نجاسة سؤ ر سباع البهائم هو الرطوبة النجسة في الآلة الشاربة ، ولا يوجد ذلك في سباع الطير فينتفي الحكم بالنجاسة لذلك ، وهذا معنى ترك القياس الجلي الضعيف الأثر بدليل قوي وهو قياس خفي قوي الأثر فلا يكون من تخصيص العلة[2] .

الاجتهاد والاستحسان

لا يلجأ المجتهد إلى الإستحسان بادىء ذي بدء ، وإنما يكون ذلك عندما يجد غلوا في العمل بالقياس أو القواعد الفقهية ، كي يبتعد عن الجمود الذي تأباه الشريعة المبنية على التيسير والتسهيل ، قال إبن القيم : فيمن رأى شاة غيره أشرفت على الهلاك فذبحها حفظا لماليتها عليه حتى لا تذهب ضياعا ، إن القياس يوجب عليه الضمان وفي الإستحسان لا يضمن لأنه مأذون في الذبح دلالة ، ويصف المانعين من الإستحسان بالجمود حيث قال :

---

(١) المسودة لآل تيمية ص ٤٥٣ .

(٢) التوضيح مع التلويح جـ ٣ ص ١٠ .

من جامدي الفقهاء من يمنع من ذلك ـ أي من الإستحسان ـ ويقول : هذا تصرف في ملك الغير ، ولم يعلم هذا اليابس أن التصرف في ملك الغير إنما حرمه الله لما فيه من الإضرار به ، وترك التصرف ها هنا هو إضرار»[1] . أ هـ كلام ابن القيم .

وبهذا يتبين أن الإستحسان مصدر من مصادر اليسر وهو يتمشى مع روح الشريعة الإسلامية ونصوصها الغراء .

بعد هذه الجولة بين تعريف الإستحسان وحجيته وأقسامه نلحظ ما يلي :

أولا : أن المستحسن لم يرجع في إستحسانه إلى مجرد ذوقه وتشهيه ، فيجيز ما يوافق طبعه ، ويمنع ما ينفره ، بل إن المستحسن إنما يترك قاعدة عامة أو قياسا ، لأن مناط القاعدة أو علة القياس ، لا يتحقق في النازلة المعروضة ، وذلك بأدلة شرعية لا ينازع النافي للإستحسان في حجيتها ولا في أنه يخرج بها من عموم القاعدة ، واطراد القياس .

وإذا عرفنا أن الشافعي إنما شدد النكير على الإستحسان تورعا من الفتوى بالتلذذ والتشهي وإتباع الهوى من غير نص أو دليل ، فإننا نقطع بأن الشافعي لا يعيب على أبي حنيفة إستحسانه ، ما دام ذلك الإستحسان مستندا إلى النص أو الإجماع أو الضرورة أو القياس الأقوى .

والشافعي وإن كان يحصر الأدلة في النص والإجماع والقياس ، فإنه يدخل المصالح الكلية في باب القياس ، ويسميه بعض أتباعه قياس المعنى .

ثانيا : إن سند الإستحسان هو ما شهدت له نصوص الشريعة ، سواء كانت هذه الشهادة بنص معين ، أو بمعقول نص معين ، أو بمعقول جملة نصوص اجتمعت على معنى واحد .

ثالثا : إن إستحسان العرف يرجع في الواقع إلى إستحسان الإجماع أو الضرورة أو ما بلغ مبلغ الضرورة ، فضلا عن أن الفقهاء يجمعون على صحة ما تعارف عليه الناس وبهذا يتبين رجوع الإستحسان إلى الأدلة المعتبرة.

---

(١) إعلام الموقعين جـ ٣ ص ١٨ .

رابعا : إذا كان الحكم الإستحساني يكون مستندا إلى دليل يقابله دليل آخر ، فإن عدول المجتهد ، ومنهج اجتهاده وخطة استنباطه للحكم هو في الحقيقة الإستحساني ما دام مستند الحكم إلى دليل والله الموفق .

البَحثُ الثَّاني

في

المصَالح المُرسَلة



التمهيد

المصالح المرسلة

قبل الكلام على المصلحة المرسلة يجدر الإشارة إلى الفرق بين مطلق مصلحة وبين المصالح المرسلة .

فالأولى : التي هي مطلق مصلحة لا نجد خلافا فيها بين الفقهاء ، إذ جميعهم يؤمن بأن الشريعة الإسلامية ، ما جاءت إلا لسعادة الناس في الدنيا والآخرة . اللهم إلا بعض شذوذ لا يؤ به بقولهم .

قال تعالى : ﴿رسلا مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس على اللّه حجة بعد الرسل[١]﴾ . فصدر الآية يدل على البشارة وهي السعادة في الدنيا بطيب المقام في الآخرة ،ثم يأتي قوله : منذرين ليدل على مدى الحرص على المخلوقات من الوقوع في الأخطاء واتباع الهوى وأن ذلك ستكون نتيجته عكس التبشير ، ثم تختم الآية مشهدا واقعيا ولا شك وهو يوم الجزاء وما يناله كل واحد من الأفراد حين يتسلم الإنسان جبرا كتاب عمله مصداقا لقوله سبحانه : ﴿وكل إنسان ألزمناه طائره في عنقه﴾[٢] .

فالآية كما بينت وظيفة الرسل ، وعدم إحتجاج أهل الكفر بأن لم يرسل إليهم أحد ولم ينذروا من أحد ، لكنها أيضا أوضحت أن الشرائع السماوية جاءت لتحقيق مصالح الناس الدنيوية والأخروية . وهذا ولا شك أمر لا يختلف فيه إثنان من العقلاء .

---

(١) سورة النساء آية ١٦٤

(٢) سورة الإسراء آية ١٣

وأما الثانية : وهي المصالح المرسلة فهي محل بحثنا . وقد سبق أن بينا تقسيم المناسب من حيث المقاصد ، ومن حيث الإفضاء إليها ، ومن حيث إعتبار الشارع له[1] ، وعلمنا أن الجمهور يقسمه إلى أربعة أقسام :

١ ـ مؤثر . ٣ ـ غريب .

٢ ـ ملائم . ٤ ـ مرسل .

وقسم الأخير إلى : ملغى المرسل وغريب المرسل وملائم المرسل ، والأولان مردودان إتفاقا ، والأخير الذي هو ملائم المرسل هو الذي اختلف العلماء في جواز التعليل به ، وقد سماه المالكية بالمصالح المرسلة ، وسماه الغزالي : بالإستصلاح ، ومتكلمو الأصوليين بالمناسب المرسل الملائم ، وبعض المتكلمين أسماه : بالاستدلال المرسل ، وإمام الحرمين وابن السمعاني : بالإستدلال[2] ، وسنتكلم بعون الله تعالى : عن المصالح المرسلة كما يلي :

تعريف المصالح المرسلة في اللغة :

المصالح المرسلة مركب إضافي يتكون من مضاف ومضاف إليه ، ولا بد في تعريف المركب من تعريف أجزائه التي تركب منها .

فالمصالح في اللغة جمع مصلحة ،والمصلحة كالمنفعة وزنا ومعنى ،وهي بهذا إما مصدر بمعنى الصلاح كالمنفعة بمعنى النفع ، وإما إسم للواحدة من المصالح كالمنفعة إسم للواحدة من المنافع . فهي تطلق على المنفعة حقيقة ،

---

(١) الجزء الأول من هذا المؤلف ص ٢٨٨ ، وما بعدها .

(٢) الموافقات جـ ١ ص ٢٧ ، روضة الناظر جـ ١ ص ٤١٤ ، شرح العضد على مختصر إبن الحاجب جـ ٢ ص ٢٤٠ ، فواتح الرحموت جـ ٢ ص ٢٦٢ ، المستصفى جـ ١ ص ٢٨٨ التقرير والتحبير جـ ٣ ص ١١٤ ، الإبهاج شرح المنهاج جـ ٣ ص ٣٨ ،المدخل إلى مذهب الإمام أحمد ص ١٣٧ .

وعلى أسبابها مجازا ، فيقال : التجارة مصلحة ، بمعنى أنها سبب إلى المنافع ، والقصاص مصلحة ، بمعنى أنه سبب المنفعة ، ولما كانت المنفعة والمضرة نقيضين لا يجتمعان ، كان دفع المضرة مصلحة ، فالمراد بالمصلحة لغة جلب المنفعة ، ودفع المضرة[1] .

والأصوليون يقصدون بالمصلحة جلب نفع أو دفع ضرر مقصود للشارع ، لا مطلق نفع أو مطلق ضرر .

وأما المضاف إليه فكلمة ، « المرسلة » وهي في اللغة تأتي بمعنى المطلقة ، وقد جاء في الحديث الشريف : « ولرسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم : أجود بالخير من الريح المرسلة »[2] .

وهذا المعنى هو المراد لأن المعنى أنها خالية عن أي إعتبار من الشارع بالإبقاء ، أو الإلغاء لها .

تعريفها في الإصطلاح :

عرفها الإمام الرازي بأنها عبارة عن المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم ونفوسهم وعقولهم ونسلهم وأموالهم طبق ترتيب معين فيما بينها[3] .

فهذا التعريف صرح بأن المصلحة هي جلب منفعة مقصودة للشارع الحكيم وإن كان لم يصرح بأن دفع الضرر من المصلحة أيضا إلا أن تعريفه ينوه به ويلزم منه .

وهو أفضل من تعريف الآمدي لها حيث عرفها من جهة الدليل بقوله : هي مصلحة لم يشهد الشرع لها باعتبار ولا إلغاء .

وقد جاراه في نحو ذلك إبن قدامة حيث قال : إنها قسم لم يشهد

---

(١) أقرب الموارد جـ ١ ص ٦٥٦ ، القاموس المحيط جـ ١ ص ٢٣٥ ، لسان العرب جـ ٢ ص ٣٤٨ .

(٢) رواه البخاري ومسلم .

(٣) المحصول للرازي جـ ٢ ص ٤٣٤ .

الشرع له بإبطاله ولا إعتبار معين[1] .

ولعل أوضح التعاريف وأشملها ما قاله الغزالي في تعريفها : « المصلحة هي عبارة عن جلب منفعة . أو دفع مضرة ، ولسنا نعني به ذلك ، فإن جلب المنفعة ، ودفع المضرة في مقاصد الخلق ، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم ، لكنا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع ، ومقصود الشرع من الخلق خمسة : وهي أن يحفظ عليهم دينهم ، ونفسهم ، ونسلهم ، وعقلهم ، وما لهم ، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة ، وكل ما يفوت هذه الأصول ، فهو مفسدة ، ودفعها مصلحة[2] .

وهكذا بين الغزالي أن المراد بالمصالح والمفاسد ، هي ما كانت كذلك في نظر الشرع ، لا ما كان ملائما أو منافرا للطبع .

---

(١) الإحكام للآمدي جـ ٤ ص ٢١٥ روضة الناظر ص ٨٦.
(٢) المستصفى للغزالي جـ ١ ص ١٤٤ .

حجية المصالح المرسلة

لا خلاف بين علماء المسلمين في أنه لا مجال للقياس ، ولا للإستحسان ، ولا للمصالح المرسلة في العبادات ، لأنها أحكام تعبدية ، لا سبيل للعقل لإدراكها ، ومن أجل هذا لا مجال للإجتهاد بالرأي فيها ، ولا منفذ فيها لقياس أو إستحسان أو مصالح مرسلة .

ومثل العبادات فروض الإرث ، وشهور العدة من كل ما استأثر اللّه تعالى بعلمه .

وما عدا ذلك من أحكام المعاملات ، والتعزيرات وطرق الإثبات ، وسائر أنواع الأحكام ، فقد اختلف العلماء في العمل فيها بناء على مراعاة المصلحة المرسلة .

الأول : قال الشوكاني : الأول منع التمسك بها مطلقا ، وإليه ذهب الجمهور[1] ، ونسب هذا القول إلى الإمام الشافعي ؛ لأن العمل بها يفتح الباب لذوي الأهواء ومن ليس أهلا للإجتهاد .

ويؤيد هذه النسبة أن الإمام الشافعي رضي اللّه عنه شدد[2] النكير على من يقول بالإستحسان ؛ والإستحسان عنده هو الإعتداد بمصلحة ليس لها شاهد ؛ فها هو يقول في الأم : « والقول بالإستحسان قول بأن اللّه تعالى ترك بعض مصالح خلقه ، فلم يشرع من الأحكام ؛ ما يحققه لهم ، أو يحفظه عليهم ، وهو مناقض لقوله تعالى : ﴿أيحسب الإنسان أن يترك سدى﴾ .

---

(١) إرشاد الفحول للشوكاني ص ٢٤٢ .

(٢) الأم للشافعي جـ ٥ ص ٢٧٠ .

واختاره إبن الحاجب ، وقال الآمدي : إنه الحق الذي اتفق عليه الفقهاء[1] .

كما نسب هذا القول إلى جمهور الحنفية فقد إشتهر في بعض كتبهم أنهم لا يأخذون بالإستصلاح ولا يعتبرونه دليلا .

وفي هذه النسبة نظر من عدة وجوه :

أولها : أن فقهاء العراق في مقدمة القائلين بأن أحكام الشرع مقصود بها المصالح ، ومبنية على علل هي مظان تلك المصالح ، وهم يأخذون بمعقول النص وروحه ، وكثيرا ما أولوا ظواهر النصوص إستنادا إلى معقولها ، والمصلحة المقصودة منها .

فمن البعيد أن الحنفية وهم زعماء فقه العراق لا يأخذون بالمصالح المرسلة ، وقد كان زعيمهم إبراهيم النخعي وهو في بحوثه وآرائه لا تصدر إلا عن مصلحة ولا يحتج إلا بالمصلحة .

ثانيها : أنهم قالوا بالإستحسان ، وجعلوا من أقسامه الإستحسان الذي سنده العرف أو الضرورة ؛ وما هذا إلا سنده المناسب المرسل وأخذا بالإستصلاح .

وأما الحنابلة فإن ابن قدامة في الروضة قسمها إلى ثلاثة أضرب :

ما يقع في مراتب الحاجات ، وما يقع في مراتب الضرورات » وقال عن الضربين الأولين : لا نعلم خلافا في أنه لا يجوز التمسك بهما من غير أصل ، فإنه لو جاز ذلك كان وضعا للشرع بالرأي ، ولما احتجنا إلى بعثة الرسل ، وكان العاصي يساوي العالم في ذلك ، فإن كل أحد يعرف مصلحة نفسه .

أما الضرب الثالث : فنسب القول به إلى مالك وبعض الشافعية . ثم قال : والصحيح أن ذلك ليس بحجة . لأنه ما عرف عن الشارع المحافظة

(١) الإحكام للآمدي جـ ٤ ص ١٦٠ .
(٢) روضة للناظر جـ ١ ص ٤١١ وما بعدها .

على الدماء بكل طريق[1] .

وتعقبه الطوفي كما نقل عنه ابن بدران في التعليق على الروضة .وكذلك تعقبه الشنقيطي ، وبين أن مالكا يقول بالمصلحة في الحاجيات . فقال : « واعلم أن مالكا يراعي المصلحة المرسلة في الحاجيات والضروريات » كما قرره علماء مذهبه خلافا لما قاله عنه المؤلف من عدم مراعاتها في الحاجيات[2] .

أما بالنسبة للشيعة الإمامية فقد اتفق فقهاؤهم على منع الفتوى بها[3] . وعلق الأستاذ محمد تقي الحكيم على هذا القول فقال : « الشيعة لا يقولون بالمصالح المرسلة ، إلا ما رجع منها إلى العقل على سبيل الجزم . وما عداه فهو ليس بحجة » .

وكلامه هذا لم يبعده عن موقف سلفه : لأن قوله : « ما رجع منها إلى العقل على سبيل الجزم » يريد أن الحكم فيه يكون للعقل لأنه مقدم على غيره من الأدلة عندهم وقد سبق القول في ذلك ولا يكون الحكم سنده المصلحة المرسلة .

ثانيا : وذهب مالك وأحمد ومن تابعهما إلى أن الإستصلاح طريق شرعي لاستنباط الحكم فيما لا نص فيه ولا إجماع ، وأن المصلحة المرسلة التي لا يوجد من الشرع ما يدل على اعتبارها ولا على إلغائها مصلحة صالحة لأن يبنى عليها الإستنباط .

وحكي هذا القول عن الشافعي في القديم ، وقد أنكر بعض المالكية نسبة القول بها إلى مالك ، وقد تحامل الجويني على مالك ، حيث نسبه إلى الإفراط في القول بها ، حتى جره إلى إستحلال القتل ، وأخذ المال لمصالح تقتضيها في غالب الظن ، وإن لم يجد لها مستندا .

---

(١) مذكرة الشنقيطي في أصول الفقه ص ١٦٩ .

(٢) الأصول العامة للفقه المقارن ص ٤٠٤ .

(٣) أنظر الجزء الأول من هذا المؤلف ص ١١٠ .

وقال القرطبي في ذلك : وقد اجترأ إمام الحرمين الجويني وجازف فيما نسبه إلى مالك من الإفراط في هذا الأصل ، وهذا لا يوجد في كتب مالك ، ولا في شيء من كتب أصحابه .

وقال الشنقيطي في تعليقه على الروضة : « وما ذكره المؤلف ـ رحمه الله ـ من أن مالكا ـ رحمه الله ـ أجاز قتل الثلث لإصلاح الثلثين ، ذكره الجويني وغيره عن مالك ، وهو غير صحيح ، ولم يروه عن مالك أحد من أصحابه ، ولم يقله مالك كما حققه العلامة محمد بن الحسن البناني في حاشيته على شرح الزرقاني لمختصر خليل[1] .

قال ابن دقيق العيد :«الذي لا شك فيه أن لمالك ترجيحا على غيره من الفقهاء في هذا النوع ، ويليه أحمد بن حنبل ، ولا يكاد يخلو غيرهما من اعتباره في الجملة ؛ ولكن لهذين ترجيحا في الإستعمال على غيرهما » .

وقال القرافي : هي عند التحقيق في جميع المذاهب ، لأنهم يقيسون ويفرقون بالمناسبات ، ولا يبطلون شاهدا بالإعتبار ، ولا نعني بالمصلحة المرسلة إلا ذلك[2] .

وتأوّل الآمدي ما نقل عن مالك ـ إن صح عنه ـ بأن المراد ما كان من المصالح ضروريا كليا قطعيا[3] .

لكن تعقبه الشنقيطي في قوله هذا حيث قال : واعلم أن مالكا يراعي المصلحة المرسلة في الحاجيات والضرورات ، كما قرره علماء مذهبه ، خلافا لما قال عنه المؤلف من عدم مراعاتها في الحاجيات . ودليل مالك على مراعاتها : إجماع الصحابة عليها ، كتولية أبي بكر لعمر ، واتخاذ عمر سجنا ، وكتبه أسماء الجند في ديوان ، وإحداث عثمان لأذان آخر في الجمعة ، وأمثال ذلك كثير[4] .

---

(١) مذكرة الشنقيطي في أصول الفقه ص ١٧٠ .

(٢) إرشاد الفحول ص ٢٤٢

(٣) الإحكام للآمدي جـ ٤ ص ١٦٠ .

(٤) مذكرة الشنقيطي ص ١٦٩

وقال الشاطبي : ذهب مالك إلى اعتبار ذلك ، وبنى الأحكام عليه على الإطلاق[1] .

وعند تحريره لمحل النزاع جعل ما لم يكن له شاهد بالإعتبار ولا الإلغاء على وجهين :

١ ـ أن لا يرد نص على وفق ذلك المعنى ، كتعليل القتل مانعا للميراث ، بالمعاملة بنقيض المقصود ، على تقدير عدم ورود نص على وفقه ، فإن هذه العلة لا عهد بها في نصوص الشرع ، لا بعينها ولا بملائمها بحيث يوجد لها جنس معتبر ، فلا يصح التعليل بها ، ولا بناء الحكم عليها باتفاق ، ومثل هذا تشريع من القائل به فلا يمكن قبوله .

ودعوى الإتفاق على عدم صحة التعليل بهذه العلة الممثل بها محل نظر . كما يعلم من تعليلهم بها في توريث مطلقة الفار[2] .

٢ ـ أن يلائم تصرفات الشرع ، وهو أن يوجد لذلك المعنى جنس اعتبره الشارع في الجملة بغير دليل معين ، وهو الإستدلال المرسل ، المسمى بالمصالح المرسلة ، وهذا الوجه هو الذي قال به[3] .

وقد اشترط المالكية والحنابلة شروطا ثلاثة للعمل بالمصالح المرسلة :

أولها : أن تلائم مقاصد الشرع بحيث لا تنافي أصلا من أصوله ، ولا تعارض نصا أو دليلا من أدلته . بل تكون متفقة مع المصالح التي قصد الشارع إلى تحصيلها ، وبأن تكون من جنسها ، وليست غريبة عنها ، وإن لم يشهد لها دليل خاص بها ،

ثانيها : أن تكون فيما تدركه العقول أي جرت على الأوصاف المناسبة المعقولة التي إذا عرضت على العقول السليمة تلقوها بالقبول ، فلا مدخل لها في التعبدات ولا ما جرى مجراها من الأمور الشرعية .

---

(١) الإعتصام جـ ٢ ص ١١١

(٢) وهي التي طلقها زوجها طلاقاً بائنا في مرضه الذي مات فيه .

(٣) الإعتصام للشاطبي جـ ٣ ص ٩٨ وما بعدها .

ثالثها : أن تكون فيما يرجع إلى حفظ أمر ضروري ، أو رفع حرج عن الأمة مما يخفف عنها ، سواء كان رفع الحرج لاحق بالضروري ، أو الحاجي[1] .

لكن : ذهب الغزالي إلى أن المناسب المرسل يعتبر بشرط ملاءمة المصلحة لجنس تصرفات الشرع . وبعد ثبوت هذه الملاءمة وشهادة النصوص لجنسها ، أي للأصل الذي تندرج تحته لا يرى الغزالي ضرورة لأي شرط آخر .

ولقد حكي عن الغزالي أنه يشترط لحجية المناسب المرسل أو المصلحة المرسلة شروطا ثلاثة :

١ ـ أن تكون قطعية .

٢ ـ أن تكون كلية .

٣ ـ أن تكون ضرورية .

ولعل الذي حملهم على هذا ، ظاهر عبارة وردت عن الغزالي في كتابه المستصفى عندما مثل للمصلحة في قتل المسلم الذي تترس به الكفار ، فقد قال معقبا : « فهذا مثال مصلحة كلية قطعية » .

ففهم من هذه العبارة تلك الشروط الثلاثة التي نسبوها للإمام الغزالي .

والحق أن الغزالي لم يشترط أياً من هذه الشروط ، لأن الغزالي أتى بعد ذلك بأمثلة لمصالح ظنية لا قطعية ، وبأمثلة لمصالح جزئية لا كلية ، وبأمثلة لمصالح كمالية لا ضرورية .

فاعتباره للمصلحة الجزئية يستفاد من قوله : « وتنقسم المصلحة قسمة أخرى : منها ما يتعلق بمصلحة عامة في حق الخلق كافة ، ومنها ما يتعلق

---

(١) الموافقات جـ ١ ص ٣٩ ، الإعتصام للشاطبي جـ ٢ ص ٣٠٧ ، إبن حنبل لفضيلة الأستاذ محمد أبو زهرة ص ٣٠٢ .

بمصلحة الأغلب ، ومنها ما يتعلق بمصلحة شخص معين ، في واقعة نادرة ، وكل ذلك حجة بشرط أن لا يكون بدعياً غريباً ، وبشرط أن لا يصادم نصا ولا يعرض له بالتغيير » وهكذا بين الغزالي اعتبار الأغلب والشخص المعين وهذا يتنافى مع إشتراط الكلية .

وينفي إدعاء اشتراطه للضرورة قوله : « أما الواقع في رتبة الضرورات أو الحاجات فالذي أراه فيها أنه يجوز الإستمساك بها إن كان ملائما لتصرفات الشرع ، ولا يجوز الإستمساك بها إن كان غريباً لا يلائم القواعد ، فهذا يفيد الإستمساك بالمصالح الحاجية وهي أدنى من الضرورية فيكون دعوى إشتراط الضرورة في غير محله » .

وأما شرط القطعية فيرده تمثيله بإعطاء الشارب حد القاذف إقامة لمظنة القذف مقام القذف .

فهو بهذا اعتبر الظن وهو أقل من القطع ، ولا يقال إن هذا من باب القياس لأنه لم يدخل الوصف الذي اعتبر الشارع جنسه في جنس الحكم من باب القياس إلا أنه يراه حجه وطريقا صحيحاً من طرق الإستدلال بالنصوص ، ويسميه المصلحة المرسلة أو الإستدلال المرسل[1] .

الأدلة

أدلة النافي لحجية المصالح المرسلة :

١ - إن الشارع الحكيم ألغى بعض المصالح ، واعتبر بعضها ، والمصالح المرسلة مترددة بين ما ألغاه الشارع وبين ما اعتبره ، فلو قلنا باعتبارها لإلحاقها بالمصالح المعتبرة للشارع الحكيم ، لتوجه علينا القول بإلغائها إعتباراً بالمصالح التي ألغاها الشارع وكان هذا معارضة بالمثل ولا جواب ؛ لعدم الدليل الذي يجب الإستناد إليه . ولو قلنا بترجيح أحد الأمرين على الآخر ،

(١) المستصفى للغزالي جـ ١ ص ٢٩٦ وما بعدها ، الإعتصام جـ ٢ ص ١١٢ شفاء الغليل ص ١٨٢ ، وإرشاد الفحول ص ٢٤٢ وما بعدها ، المصلحة للأستاذ الدكتور حسين حامد ص ٣٠٤ .

لتوجه علينا التحكم حيث لا دليل ، ومعلوم أن القول دون دليل تحكم أو حكم بالهوى والتلذذ ، وهذا أمر مرفوض من الجميع . فلم يبق إلا القول ببقائها على ما هي عليه قال الآمدي : « المصالح المرسلة مترددة بين ما عهد من الشارع إعتباره ، وما عهد منه إلغاؤه ، وليس إلحاقه بأحدهما أولى من الآخر ، فامتنع الإحتجاج به دون شاهد بالإعتبار يعرف أنه من قبيل المعتبر دون الملغى[1] .

والجواب عن هذا بأن اشتمال الوصف على مصلحة راجحة ومفسدة مرجوحة يجعل اعتباره أرجح من إلغائه ، لأن الشارع راعى مبدأ المصالح في تشريعه للأحكام ، وذلك مما يغلب الظن إعتبار المصالح المرسلة فيجب العمل به لأن العمل بالظن مطلوب شرعا .

والحق أن هذا الدليل لا يصلح للنافي لأن النافي في موقفه ذلك الحق المسكوت عنه من المصالح بالملغى منها وهذا تحكم ظاهر الفساد لأنه مبني على غير دليل .

فإن قيل تبقى المصالح المسكوت عنها على ما هو عليه من السكوت .

قلنا : بجواز هذا القول من المتوقف إن وجد لا من النافي فالدليل في غير محل النزاع .

٢ ـ قالوا إن الأخذ بالمصالح يؤدي إلى إهمال النصوص الشرعية ويكون القول بها خاضع لأهل الأهواء ، وأغراضهم ومآربهم تحت ستار العمل بالمصلحة المرسلة وهذا غير جائز شرعا ، خصوصا إذا علمنا بتغير وجه المصلحة بتغير الزمان والمكان ، فيكون القول بالمصالح المرسلة من باب التلذذ والتشهي قال ابن حزم : « وهذا باطل لأنه إتباع للهوى وقول بلا برهان[2] » .

والجواب أن مبنى العمل بالمصالح المرسلة وجود الملاءمة بين المصلحة المرسلة ومقاصد الشرع ، هذا فضلا عن أن إنكار العمل بالمصالح المرسلة

---

(١) الإحكام للآمدي جـ ٤ ص ١٦١

(٢) ملخص أبطال القياس ص ٥

يؤ دي إلى سد باب من أبواب الرحمة بالمخلوقات، وأيضا فإن الـذي يتعـرض للعمل بالمصلحة إنما هم أهل الإجتهاد والإستنباط لا أهل الأهواء .

وبهذا يتبين أن النافي في استدلاله ذلك أغفل شروط المجوز وتنكر لها وهذا لا يجوز في عرف أهل المناظرة .

٣ ـ قالوا لو أخذنا بالمصالح المرسلة واعتبرناهـا أصـلا قائما بذاتـه في تشريع الأحكام لأدى إلى النيل من وحدة التشريع وعمومه ، فتختلف الأحكام باختلاف الأزمان والأحوال ، بل باختلاف الأشخاص في أمر واحد ، فيكون حراما لما فيه من مضرة في بلد من البلدان ، وحلالا في بلد آخر لما فيه من نفع في هذا البلـد الآخـر ، أو يكون حرامـا لما فيه من مضرة بالنسبـة لبعض الأشخاص ، وحلالا بالنسبة لشخص آخر ، أو حلالا في زمن من الأزمان ، وحراما في زمن آخر ، كل هذا من جراء العمل بالمصالح ومن المسلم به أن المصالح تتبدل على مر الأيام .

والجواب أن هذا الدليل مبني على عدم العلم بمجال العمل بالمصالـح المرسلة ، فإن مجالها حيث لا نص على اعتبارها أو إلغائها ، وهذا لا يتنافى مع وحدة التشريع وعمومـه ، بل بالعـكس ، فإن هذا يكون من باب التـطبيق العملي لصلوح الشريعة لكل زمان ومكان ، بما يتفق مع المصلحة ويحقق رفع الحرج ودفع الضرر عن المسلمين .

وليس هذا الإختلاف ناشئا عن الإختلاف في أصل الخطاب حتى يكون منافيا لعموم الشريعة ، وإنمـا هو إختـلاف ناشيء عن التـطبيق لأصـل عام دائم ، وهو أن المصلحة التي لم يرد دليل على اعتبارها أو إلغائها ، يقضي فيها المجتهـد على قدر ما يراه فيهـا من صلاح ، فكأن الشـارع يقـول لمن أوتـي العلم : إذا عرض لكم أمر فيه مصلحة ، ولم تجدوا في الأدلـة ما يدل على اعتبارها أو إلغائها ، فزنوا تلك المصلحة بعقولكم الراسخة في فهم المقصود من التشريع وضعوا لها الحكم الذي يلائمها .

أدلة المثبت لحجية المصالح المرسلة :

الدليل الأول : ما روي أن النبي صلى اللّه عليه وسلم قال لمعاذ بن جبل حين بعثه إلى اليمن : « كيف تقضي إذا عرض لك قضاء ؟ قال : بما في كتاب اللّه قال: «فإن لم يكن في كتاب اللّه » ؟ قال : فبسنة رسول اللّه ، قال: «فإن لم يكن في سنة رسول اللّه »؟ قال أجتهد رأيي لا آلوا ، قال معاذ فضرب رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم صدري بيده ، ثم قال : « الحمد للّه الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله».

فالرسول صلى اللّه عليه وسلم أقر معاذا على الإجتهاد عند عدم وجود نص من كتاب أو سنة نبوية ، والإجتهاد كما يكون بالقياس ، يكون أيضا بتطبيق قواعد الشريعة والعمل بمقاصدها العامة ، والعمل بالمصالح المرسلة لا يخرج عن كونه إجتهادا بالرأي .

الدليل الثاني : قالوا إن من يتتبع إجتهادات الصحابة ومن جاء بعدهم يجد أنهم كانوا يفتون في كثير من الوقائع بمجرد إشتمال الواقعة على مصلحة راجحة ، دون التقيد بقيام شاهد على اعتبار تلك المصلحة ، وشاع وذاع هذا العمل منهم دون إنكار من أحد ، فكان ذلك إجماعا على إعتبار المناسب المرسل . وأمثلة ذلك ما يأتي :

١ - في عهد أبي بكر :

جمع أبو بكر رضي اللّه عنه القرآن الكريم من الصحف المتفرقة في مصحف واحد بإشارة عمر رضي اللّه عنه ، دون سبق نظير له ، وقد قال عمر في هذا الصدد . « إنه واللّه خير ومصلحة للإسلام ».

وأيضا حارب أبو بكر ما نعي الزكاة بعد نقاشه مع عمر وقوله : « واللّه لو منعوني عقال بعير لقاتلتهم عليه » .

وكذلك استخلاف أبي بكر لعمر رضي اللّه عنهما دون وقوع نظير لذلك من قبل .

٢ - في عهد عمر :

أبطل عمر رضي اللّه عنه سهم المؤلفة قلوبهم من الصدقات مع أنه ثابت بالنص نظراً لعدم الحاجة إلى تأليف القلوب وقد أعز الله الإسلام .

أسقطعمر حد السرقة عام المجاعة مع أنه منصوص عليه لعموم الإبتلاء ووجود الحاجة .

شاطر الولاة في أموالهم التي اكتسبوها حال توليتهم ، منعا للظلم والإستغلال .

قتل الجماعة بالواحد حين اشتركوا في قتله وأرسل إليه والي اليمن يستشير ، في الأمر ، فأرسل إليه بقتلهم جميعا وأثر عنه قوله : واللّه لو اجتمع على قتله أهل صنعاء لقتلتهم جميعا .

وأمضى الطلاق الثلاث بكلمة واحدة زجرا للمسلمين حتى لا يستعملوه .

٣ - في عهد عثمان :

أمر عثمان كتاب المصحف أن يكتبوه على لغة قريش ووزعه على الأمصار وأحرق ما عداه .

وقضى بإرث زوجة الفار معاملة له بنقيض مقصوده .

ومن أمعن النظر في هذه الحوادث وفي غيرها من التي إجتهد فيها الصحابة ، وبنوا أحكامهم فيها على رعاية المصلحة ، يجد أن أحكامهم فيها تهدف إلى المحافظة على مصالح دلت تصرفات الشارع العامة على رعايتها .

الدليل الثالث : أنه لو لم تعتبر المصالح المرسلة لخلت الوقائع من الأحكام ولتعطلت كثير من مصالح الناس ، في مختلف الأزمنة والأمكنة ، ووقف التشريع عن مسايرة تطورات الناس ، فإن وسائل الناس إلى مصالحهم تتغير بتغير الزمان ، ولا سبيل إلى حصرها ، فإذا لم نعتبر الإستصلاح ، وبناء

الحكم على شواهد الشريعة العامة ، لوقف التشريع حجر عثرة في طريق المصالح ، وهذا لا يتفق مع ما قصد منه .

الدليل الرابع : لقد ثبت بالإستقراء أن الشريعة جاءت لتحقيق مصالح العباد ، بجلب النفع لهم ودفع الضرر عنهم ، ولا ينازع في ذلك إلا مكابر ، فإذا ثبت إعتبار الشريعة لجنس المصالح في جملة الأحكام ، أوجب ذلك ظن إعتبار هذه المصلحة في تعليل الأحكام ، لأن العمل بالظن واجب والدليل على إعتبار المصالح. قوله تعالى : ﴿ وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين﴾[1] ومقتضى الرحمة تحقيق مصالح الناس، والعمل على تحقيقه. وقوله سبحانه : ﴿ وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾[2]. وقوله : ﴿يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر﴾[3]. وقوله في : إباحة الميتة للمضطر : ﴿فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا أثم عليه﴾[4]. وقوله سبحانه وتعالى في إباحة النطق بكلمة الكفر عند الإكراه : ﴿ إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان﴾[5]. وقوله في وصف الشريعة والغرض منها : ﴿يا أيها الناس قد جاءتكم موعظة من ربكم وشفاء لما في الصدور وهدى ورحمة للمؤمنين[6]﴾.

كل هذه النصوص القرآنية تعطينا القاعدة العريضة في تشريع الأحكام ، وأن مبناها ، على مراعاة مصالح العباد . فإذا لم يوجد نص ولا إجماع على حكم الحادثة ، ولم نستطع إجراء القياس ، لكن وجد في تلك الحادثة مصلحة ، وجب مراعاتها والعمل بها ، وهذا هو الإستصلاح أو المصالح المرسلة .

وبعد عرض الأدلة ، يتبين رجحان قول المثبت للمصالح المرسلة ، وأن الأئمة رضوان اللّه عليهم يأخذون بالمصلحة وإن كان بعضهم يسميه

(١) سورة الأنبياء آية ١٠٧

(٢)سورة الحج آية ٧٨ .

(٣) سورة البقرة آية ١٨٥

(٤) سورة البقرة آية ١٧٣

(٥) سورة النحل آية ١٠٦

(٦) سورة يونس ٥٧ .

إستحسانا والآخر يسميه ضرورة ، أو غير ذلك مما يدل على أن الخلاف كان في التسمية .

كموقف الإمام الغزالي الذي اشترط في المصلحة الملاءمة فبعض القوم يسميه قياسا والغزالي يسميه مصلحة مرسلة .

والواقع أن القياس والمصالح المرسلة يتفقان في أمرين ، ويختلفان في أمرين :

أما الذي يتفقان فيهما :

١ ـ أن العمل بهما لا يكون إلا في المسائل التي لا يوجد فيها نص أو إجماع .

٢ ـ أن الحكم الثابت بهما مبني على مراعاة المصلحة التي يغلب على الظن أنها تصلح مناطا لتشريع الحكم .

وأما الأمران اللذان يختلفان فيهما :

فأحدهما : أن الأصل الذي يقاس عليه يكون منصوصا على حكمه ، بمعنى أن له نظيرا في الشرع .

أما الحكم الذي يكون بطريق المصالح المرسلة ، فليس له نظير شرعي منصوص على حكمه ، بل يثبت الحكم فيه بناء على مراعاة مصلحة لم يشهد الشرع باعتبارها ولا بالغائها .

وثانيهما : أن المصلحة التي بني عليها الحكم في القياس، قد قام الدليل المعين على إعتبارها ، بخلاف المصالح المرسلة فقد سكت عنها الشارع لكنه اعتبر جنس المصلحة .

وعلى هذا فإن الإستحسان يتميز عن المصالح المرسلة بأنه لا بد فيه من المعارضة ، بخلاف المصالح المرسلة فإنها تكون خالية من ذلك كما تكون خالية من نص الشارع عليها بالإعتبار أو الإلغاء ، ولا يوجد لها سند إلا مجرد

كونها مصلحة التفت الشارع إلى جنسها[1] .

وقد ذكر الأستاذ الدكتور حسين حامد أربع قواعد تتفرع على هذا الأصل ونظرا لوجاهتها رأينا إيرادها مع شيء من التصرف اليسير .

وهي عبارة عن أمثلة تطبيقية على هذا الأصل كما يلي :

الأصل الأول : إقامة مظنة الشيء مقام نفس الشيء :

هذه مصلحة كلية ، أو أصل أخذ من نصوص الشريعة بطريقة الإستقراء المفيد للقطع ، والدليل على ذلك أن الشارع قد حرم الخلوة لأنها مظنة الزنا ، وهو إقامة لمظنة الشيء مقام نفس الشيء وإعطاء المظنة حكم الإلزام ، ونهى عن سفر المرأة دون رحم محرم ، كما نهى عن الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها ، وقال : « إنكم إذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم » ، وحرم خطبة المعتدة تصريحاً ونكاحها ، وحرم على المرأة في عدة الوفاة الطيب والزينة ، وسائر دواعي النكاح ، وكذلك الطيب وعقد النكاح للمحرم ، ونهى عن الجمع بين البيع والسلف ، وعن هدية المدين للدائن ، وعن ميراث القاتل .

فكل هذه الأمثلة فيها إقامة للسبب مقام المسبب ، وإعطاء مظنة الشيء حكم الشيء نفسه ، فسفر المرأة دون رحم محرم مظنة الزنا فمنع ، والخطبة في العدة منها إحتمال مظنة أن تكذب المرأة في العدة فأعطى الشارع حكم المظنون للمظنة فمنع من التصريح بالخطبة ، ونكاح المحرم مظنة لأن يفسد الحج بالوطء قبل التحليل فحرم ، إقامة للمظنة مقام المظنون .

تطبيق هذا الأصل على حد الشرب :

لم يكن للشرب حد مقدر في زمن الرسول صلى اللّه عليه وسلم ، وإنما جرى الزجر فيه مجرى التعزير ، وفي زمن أبي بكر قدره رضي اللّه عنه بأربعين

---

(١) أصول الفقه للأستاذ الدكتور زكي الدين شعبان ص ١٩٠ ، بحوث في الأدلة المختلف فيها عند الأصوليين للأستاذ الدكتور محمد سعيد علي عبد ربه ص ١١٩ .

على طريق النظر ، فلما كان في زمن عثمان تتابع الناس فيه ، فجمع عثمان الصحابة رضي الله عنهم وإستشارهم ، فقال علي رضي الله عنه : « من سكر هذي ومن هذي أفترى ، فأرى عليه حد المفتري».

فأنت ترى الإمام علياً رضي اللّه عنه قد جعل شرب الخمر جزئياً للأصل الشرعي الكلي ؛ لأن الشرب مظنة القذف ، وحيث أن الشارع أقام المظنة مقام المظنون ، تكون المصلحة التي رآها مصلحة ملائمة لتصرفات الشارع ، وداخلة تحت جنس شهدت له النصوص وقامت عليه الأدلة . فالمصلحة في جلد شارب الخمر ثمانين إذن ، مصلحة ملائمة لجنس تصرفات الشارع وليست مصلحة حكم بها العقل ، حتى تكون شرعاً بالرأي ، أو تفريعاً بالهوى والتشهي ، فالإستدلال على إعطاء الشرب حكم القذف ، في الواقع إستدلال بنصوص شرعية تفوق الحصر ، ولكن العلماء إصطلحوا على تسمية هذا النوع من تطبيق النصوص ، أو أخذ حكم الفرع من معقول نصوص غير معينة ، استدلالاً مرسلا وتعارفوا على إطلاق المصلحة المرسلة على المصلحة التي تعد جزئياً لأصل كلي ، أو داخلة تحت جنس شهدت له النصوص ، قاصدين بالإرسال : الإرسال عن النص المعين الذي يشهد لعين هذه المصلحة ، لا الإرسال عن النصوص الشرعية التي تشهد لجنسها .

وفوق ذلك فهذه المصلحة كما ترى لا تعارض نصا للشارع ، ولا تناقض دليلا من أدلته ، حتى تكون مصلحة ملغاة ، كما أنها ليست مسكوتا عنها ، حتى تكون من المصالح الغريبة التي يكون القول بها والتصريح عليها قولا بالرأي وعملا بالهوى والتشهي .

وذلك لأن النصوص الكثيرة ، وإن لم تدل على إعتبار عين مظنة القذف في حكم القذف وهو الجلد ثمانون ، فقد دلت على اعتبار جنس هذه المصلحة وهو إعتبار المظنة مطلقا في الأحكام .

الأصل الثاني : تقديم المصلحة العامة على الخاصة :

هذا أصل شرعي عام مأخوذ بطريق الإستقراء من نصوص الشريعة

بطريق يفيد القطع ، ومن الأدلة عليه نهي النبي عليه الصلاة السلام عن بيع الحاضر للبادي ، وقوله : « دع الناس يرزق اللّه بعضهم من بعض »[1] ، فإن فيه تقديماً لمصلحة عامة ، هي مصلحة أهـل الحضر ، وإن كان فيه تفـويت مصلحة للبادي بتقديم النصح له ، وللحاضر إذا كان البيع بطريق الوكالـة بالأجر .

ومنها منعه من تلقي الركبان ، فقد روي عن ابن عباس أنه قال : قال رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم : « لا تلقوا الركبان ، ولا يبيع حاضر لباد ، فقيل لابن عباس ما قوله لا يبيع حاضر لباد ،؟ قال : لا يكون له سمسارا » رواه الجماعة إلا الترمذي[2] فإن فيه تقديماً لمصلحة عامة ، هي مصلحة أهل السوق على مصلحة خاصة ، هي مصلحة المتلقي في أن يحصل على السلعة ، ويعيد بيعها بربح يعود عليها . ومنها النهي عن الإحتكار ، فقد روي عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «من احتكر حكرة يريد أن يغلي بها على المسلمين فهو خاطىء» رواه أحمد[3] فقد استنبط المجتهدون من هذا النهي جواز إخراج الطعام من يد محتكره قهراً، فإن فيه تقديما لمصلحة عامة ، هي مصلحة الجماعة في توفير الأقوات اللازمة لمعاشهم، على مصلحة خاصة، هي مصلحة المحتكر في الحصول على الربح.

وقد اتفق الصحابة على منع أبـي بكر حينما ولي الخلافـة من التجـارة والتحرف ، ونفقتـه من بيت المال ، تقديـمـا لمصلحـة عامـة ، هي النظـر في مصالح المسلمين ، على مصلحة خاصة ، هي قيامه بالتجارة التي يريدها أو بالحرفة التي يختارها ، ومما يدل على هذا الأصل أيضا قصـة أبـي طلحـة في تتريسه على الرسول يوم أحد ، وقوله له : « نحري دون نحرك » حتى شلت يده ، ولم ينكر عليه الرسول ولا أحد من أصحابه هذا .

---

(١) فقد روي عن جابر أن النبي صلى عليه وسلم قال : « لا يبيع حاضر لباد ، دعوا الناس يرزق اللّه بعضهم من بعض » رواه الجماعة إلا البخاري أنظر : نيل الأوطار جـ ٥ ص ١٦٤ .

(٢) المرجع السابق نفس الصحيفة .

(٣) المرجع السابق جـ ٥ ص ٢٢٠ .

وذلك تقديم لمصلحة عامة ، هي حفظ حياة الرسول لحفظ الدين ؛ إذ في فقده فوات مصالح الاسلام والمسلمين ، على مصلحة خاصة هي سلامة أبي طلحة رضي اللّه عنه .

وجواز الحجر عل السفيه من هذا الباب أيضا ،إذ فيه تقديم لمصلحة عامة ، هي حفظ مال الجماعة ، على مصلحة خاصة للسفيه ، وذلك على أسلس أن للجماعة حقا في ماله ، وحقه قاصر على الإنفاق على نفسه وأسرته دون سرف أو تبذير ، فإن فعل كان مفوتاً لمصلحة الجماعة .

فكل هذه الأدلة وغيرها مما لم يذكر تفيد بمجموعها أن تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة مقصود للشارع ، ولم يدل دليل منها على هذا الأصل بإنفراده ، ولكن يؤخذ هذا المقصود من مجموع هذه النصوص وتلك الأحكام .

تطبيق هذا الأصل على تضمين الصناع :

ولقد طبق المالكية هذا الأصل ، وأعملوا تلك القاعدة في مسألة تضمين الصناع ، كما فعل الصحابة رضي اللّه عنهم . فلقد كان الصناع لا يضمنون ما بأيديهم من سلع زمن النبوة ، إذا ادعوا تلفها ، ولا يكلفون بإقامة البينة على عدم التعدي أو التقصير ، وذلك في وقت كان للدين فيه سلطان قوي على النفوس ، وكان الغالب عليهم الأمانة ، ولذلك ألحقوا بطائفة الأمناء ، فلما فسدت الذمم وضعف سلطان الدين في النفوس ، وأصبح الغالب عليهم التعدي والخيانة ، بحيث يحال سبب الهلاك إلى التفريط وترك الحفظ ، قضى الصحابة بتضمين الصناع وقال علي : « لا يصلح الناس إلا ذلك» .

ولكن لا يمكن القطع بأن كل تلف ناشىء عن تعد أو تقصير ، بل يجوز أن يكون هناك في بعض الحالات تلف دون تعد أو تقصير من الصناع ، وعلى ذلك فالقول بالتضمين وإن كان يحقق مصلحة أرباب السلع في الغالب فإنه يفوت مصلحة لبعض الصناع ، وهم الذين لم يحدث منهم تقصير أو تعد .

وهنا يقال : إنه إذا تقابلت مصلحتان فشأن العقلاء النظر إلى

التفاوت ، ووقوع التلف من الصناع من غير تعد ولا تفريط بعيد ، فتكون مصلحة أرباب السلع مصلحة عامة ، ومصلحة من يمكن أن يكون التلف منه دون تقصير مصلحة خاصة بفرد أو أفراد ؛ إذ الفرض أن الغالب عليهم التعدي والتقصير ، وعندئذ تقدم المصلحة العامة على الخاصة .

على أنه إذا عاد سلطان الدين إلى النفوس ، وغلب على طبقة الصناع الأمانة ، وتبين أنهم صادقون في دعواهم الهلاك دون تعد أو تقصير في الكثير الغالب من الحالات ،فإنه يجب الحكم بعدم التضمين ، والتصديق في دعوى الهلاك ، إذ مناط التضمين وعدمه هو الأمانة ، فإذا غلبت عليهم الأمانة كان الأصل أن أيديهم على الأمانة ، وإذا غلبت الخيانة ، كان الأصل فيهم الضمان ، فالمسألة غير منصوص على حكمها ، فيكون الواجب فيها تطبيق الأصل المتقدم في جميع الحالات ، فإذا غلبت عليهم الأمانة كانت المصلحة العامة هي عدم تضمينهم ، وإذا غلبت عليهم الخيانة ، كانت المصلحة العامة في تضمينهم .

الأصل الثالث : وجوب دفع أشد الضررين :

هذا أصل شرعي « وقاعدة قطعية : وعام أخذ من النصوص بطريق الإستقراء المفيد للقطع فإنه إذا تعارض شران أو ضرران فإننا نجد الشارع يقصد إلى أشد الضررين وأعظم الشرين بارتكاب أخفهما ، عرفنا ذلك لا بدليل واحد ونص معين ، بل بجملة نصوص ومجموع أدلة تفوق الحصر بحيث لم يبق معها شك في أن هذا الأصل مقصود للشارع .

بل إن تكاليف الشريعة كلها قائمة على ذلك . فقد شرع الجهاد وفيه إتلاف للنفوس ، ولكنه ضرر خاص يتحمل لدفع ضرر عام حاصل من عدوان المشركين ، وصد المسلمين عن دينهم ، وسفك دمائهم ، وإخراجهم من ديارهم وأموالهم وأولادهم بغير حق ، وشرعت العقوبات كالقصاص والحدود وفيها إتلاف للنفوس وإلحاق الأذى بالمسلمين، ولكنه ضرر خاص يرتكب دفعا لضرر عام ، وهو تفويت أرواح المسلمين وأموالهم وأعراضهم ، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر مشروع ، ولو كان لدى سلطان جائر ،

وفيه إتلاف للنفس ، أو تفويت للمال ، ولكنه جائز إرتكاباً لأخف الضررين ، دفعاً لأشدهما .

وهكذا فكل تكاليف الشريعة تقوم على طلب الفعل إذا كانت مصلحته راجحة على مفسدته ، وإلى النهي عنه إذا كانت مفسدته راجحة على مصلحته ، وقد وقع الخلاف بين العلماء في وجود الفعل متساوي النفع والضرر. فإذا ما عرضت واقعة أو جدت نازلة وكانت مناطاً لضرورين، دفعنا أشد الضررين وأعظم الشرين بارتكاب أخفهما .

تطبيق هذا الأصل :

١ ـ **توظيف الخراج** : وقد طبق الشاطبي والغزالي ذلك على مسألة توظيف الخراج إذا خلا بيت المال عما يفي بحاجة الجند، واحتاج الإمام إلى تكثير الجنود لسد الثغور وحماية الملك المتسع الأقطار . وقال إن هذه المصلحة مصلحة تلائم تصرفات الشارع ، لأن في توظيف الخراج دفع أشد الضررين وأعظم الشرين ، ونحن نعلم قطعاً أنه إذا تعارض شران أو ضرران قصد الشرع إلى دفع أشد الضررين وأعظم الشرين .

٢ ـ **إنعقاد الإمامة الكبرى لمن قصر عن رتبة الإجتهاد** : ولقد طبق الشاطبي هذا الأصل أيضا على تولية إمام غير مجتهد في علوم الشرع ، إذا خلا العصر عن المجتهد ، وذلك دفعاً لأشد الشرين وأعظم الضررين ، فالضرر في ترك المسلمين دون إمام ، وما يترتب عليه من ضياع النفوس والأموال والأعراض ، وطمع العدو من الخارج ، وثوران الفتن من الداخل ، أشد من الضرر الحاصل بفوات رتبة الإجتهاد في الإمام ، إذ يمكنه التقليد فتزول المفسدة ، وتحصل المصالح المطلوبة من أصل الإمامة[1] .

الأصل الرابع : المحافظة على النفس :

المحافظة على النفس أصل شرعي كلي ، وعام مأخوذ بطريق الإستقراء

---

(١) الإعتصام جـ ٢ : ١٢٦ .

من النصوص إستقراء يفيد القطع ، والأدلة على ذلك تفوق الحصر ، فمن ذلك « أن النفس نهي عن قتلها ، وجعل قتلها موجباً للقصاص ، متوعداً عليه ، ومن كبائر الذنوب المقرونة بالشرك ، ووجب سد رمق المضطر ، ووجبت الزكاة ، والمواساة ، والقيام على من لا يقدر على إصلاح نفسه ، وأقيمت الحكام والقضاة والملوك لذلك ، ورتبت الأجناد لقتال من رام قتل النفس ، ووجب على الخائف من الموت سد رمقه بكل حلال وحرام من الميتة والدم ولحم الخنزير إلى غير ذلك .

كل هذه النصوص والأحكام تدل يقيناً على أن الشارع قاصد لحفظ النفس وأن المحافظة عليها أصل قطعي ، لم يثبت بدليل واحد خاص ، ولا يشهد له أصل معين يمتاز برجوعه إليه بل عملت ملاءمة هذا الأصل للشريعة بمجموع أدلة لا تنحصر في باب واحد ، ولو إستند إلى شيء معين لوجب تعيينه « فهذا الأصل إذن مأخوذ من إستقراء مقتضيات الأدلة بإطلاق ، لا من آحادها على الخصوص »[1] .

تطبيق هذا الأصل :

١ ـ قتل الجماعة بالواحد : وتطبيقا لهذا الأصل قال المالكية ، موافقين الصحابة ، رضي اللّه عنهم ، إن الجماعة إذا تمالؤوا على قتل واحد قتلوا به ، ويروون في ذلك قول عمر المشهور : « لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به » . ووجه دخول قتل الجماعة بالواحد تحت جنس هذه المصلحة الكلية ، أنه لو لم يقتل الجماعة بالواحد ، لاتخذ الإشتراك في القتل ذريعة إلى قتل الواحد ، وبذلك تفوت النفس التي علم أن الشارع يقصد المحافظة عليها ، وذلك بالأمر بكل ما يقيمها ، وبالنهي عن كل ما يفوتها ، فالمحافظة على النفس مقصود شرعي ، وكل مقصود شرعي يجب المحافظة عليه ، ويمنع كل ما يفوته ويعود عليه بالنقض والإبطال ، وحيث إن قتل الجماعة بالواحد ، لو لم نقل بالقصاص ، يفوت هذا المقصود ، فيمنع ، وطريق المنع قتل الجماعة المتمالئين على قتل الفرد . وبذلك تكون المصلحة في قتل الجماعة بالواحد مصلحة

(١) الموافقات جـ ١ ص ٣٨ ، ٣٩ .

ملائمة لتصرفات الشارع ، وداخلة تحت جنس شهدت له نصوصه ، أو بعبارة أخرى مصلحة إعتبر الشارع جنسها لا بنص واحد ولا بأصل معين ولكن بمجموع أدلة وعدة نصوص تفوق الحصر وتدل بطريق القطع على وجوب مراعاة هذا المقصود، ومنع كل ما يفوته ويعود عليه بالبطلان.

٢ ـ إذا طبق الحرام الأرض جاز أكل مقدار الحاجة من الحرام : وتطبيقاً لهذه القاعدة ـ قاعدة حفظ النفس ـ يرى المالكية ، كما سبقهم الغزالي إلى ذلك ، أنه لو طبق الحرام الأرض أو ناحية يعسر الإنتقال منها وانسدت طرق المكاسب الطيبة ، ومست الحاجة إلى الزيادة على سد الرمق جاز للشخص أن يزيد على قدر الضرورة ، ويرتقي إلى قدر الحاجة في القوت والملبس والمسكن ، إذ لو اقتصر على سد الرمق لتعطلت المكاسب والأشغال ولم يزل الناس في مقاساة إلى أن يهلكوا ، وفي ذلك خراب الدين ، ولكنه لا ينتهي الى الترفه والتنعم ، كما لا يقتصر على قدر الضرورة .

يقول الشاطبي : « وهذا ملائم لتصرفات الشرع وإن لم ينص على عينه فإنه قد أجاز أكل الميتة للمضطر ، والدم ولحم الخنزير وغير ذلك من الخبائث المحرمات »[1] .

والواقع أنه ليس مقيسا على أكل الميتة وما معها ، إذ هذه قد جاء النص بجوازها عند الضرورة وهنا نجد أن المسألة في الزيادة على الضرورة وسد الرمق ولكن المصلحة قد دعت إلى تنزيل الحاجة العامة منزلة الضرورة الخاصة حفظا للنفوس من الهلاك والضياع[2] .

وإلى هنا ينتهي الكلام على المصالح المرسلة ، ونبدأ بعون اللّه تعالى في الكلام على الإستصحاب فنقول وباللّه التوفيق :

---

(١) أصول الفقه للأستاذ الدكتور حسين حامد ص ٤٥٣ وما بعدها .

(٢) نفس المرجع .



البَحثُ الثَّالِثُ

فِي

الإِسْتِصْحَابْ



معناه في اللغة :

الإستصحاب في اللغة مأخوذ من الصحبة ، وهي الملازمة والملاينـة ، تقول : استصحبت في سفري الكتاب والرفيق ، أي جعلتـه مصاحبـا لي ، والسـين والتـاء تدلان على الطلـب ، فيكون معنـى الإستصحـاب طلـب الصحبة ، أو الدعوى إلى الصحبة .

ويكون معنـى قولك : إستصحبـت ما كان في الماضي ، أي جعلتـه مصاحبا إلى الحال[1] .

معناه في الإصطلاح :

لما كان من العلماء من يفرق بين الدليل والأمارة ، وتبعا لذلك إختلفوا في الإستصحاب هل هو دليل أو أمارة . لأن الأمـارة كاشفـة عن الحكم ، وليست منشئة له كوظيفة الدليل . إنعكس ذلك على تعريف الإستصحاب ، فمن قال : إن الإستصحاب هو : « الحكم بثبوت أمر في الزمان الثاني ، بناء على ثبوته في الزمان الأول ، لعدم وجود ما يصلح للتغيير[2] » .

فـلا يصـح أن يكون صاحـب هذا التعـريف من القائلـين بأن الإستصحاب أمارة على الحكم ، لأن التعبير بثبوت حكم لا يناسب هذاالمعنى لكون الإستصحاب كاشفا عن الحكم عندهم ، ثم إن الحكم بثبوت أمر في الزمان الثاني شيء متولد عن الإستصحاب في الزمان الأول ، فيكون متأخرا عنه رتبة ، ومن ثم لا يسوغ أخذه في التعريف للزوم الدور .

---

(١) القاموس المحيط مادة صحب ، أقرب الموارد جـ ١ ص ٦٣٣

(٢) شرح الأسنوي على المنهاج للبيضاوي جـ ٣ ص ١٣١

والتعريف الذي يناسب هؤلاء هو : كون الحكم متيقنا في الآن السابق مشكوك البقاء في الآن اللاحق[1] .

فإن كون الحكم متيقنا في الآن السابق أمارة على بقائه .

ولعل مراد من قال الحكم بثبوت . . إلخ ، هو ما يلزم من الحكم بالثبوت ، وهو حرمة نقضه بالشك فهذا هو الحكم بالثبوت . . الخ .

وعلى هذا يكون التعريف الأول متمشيا على رأي من يقول إن الاستصحاب أمارة وأنه لم يرد أن يعطي الإستصحاب مضمون وظيفة الدليل التي هي إنشاء الحكم ، وإن كان قد أخذ باللوازم في التعريف ، والأخذ باللوازم في مثل ذلك خلاف الأولى .

ومن قال إن الإستصحاب دليل من الأدلة ، وأصل من الأصول التي وظيفتها إنشاء الحكم ناسبه أن يعرف الإستصحاب بمثل ما عرفه به الغزالي حيث قال : إنه عبارة عن التمسك بدليل عقلي أو شرعي ، وليس راجعا إلى عدم العلم بالدليل ، بل إلى دليل مع عدم العلم بانتفاء المغير ، أو مع ظن إنتفاء المغير عند بذل الجهد في البحث والطلب[2] .

وقريب من هذا تعريف ابن القيم حيث قال : « إنه استدامة إثبات ما كان ثابتا ، ونفي ما كان منفياً »[3] :

فكلمة : « التمسك بدليل » في التعريف الأول الذي قاله الغزالي ، وكلمة إستدامة في التعريف الثاني الذي قاله ابن القيم تعطي للإستصحاب مضمون إثبات الأحكام وإنشائها، ولا تعطيه الكشف عن الواقع الذي هو وظيفة الأمارة .

وقد عرفه ابن حزم بما يوضح صراحة أنه أصل من الأصول حيث قال :

---

(١) حقائق الأصول جـ ٢ ص ٣٩١

(٢) المستصفى للغزالي جـ ١ ص ١٣٥

(٣) اعلام الموقعين جـ ١ ص ٣٣٩ .

إنه بقاء حكم الأصل الثابت بالنصوص ، حتى يقوم الدليل منها على التغيير[1] .

إلا أنه قد يؤخذ على ابن حزم في تعريفه هذا ، تقييد الإستصحاب بكون الأصل مبنيا على نص ، وليس على مجرد أصل ثابت من الإباحة الأصلية سواء قلنا إن الأصل في الأشياء النافعة الإباحة بطريق العقل كما هو مذهب المعتزلة ، أو قلنا إنها ثابتة بسكوت الشارع عنها كما هو رأي الأشاعرة ومحققو الحنفية .

الإستصحاب بين الأدلة :

قال الخوارزمي في الكافي : وهو آخر مدار الفتوى ، فإن المفتي إذا سئل عن حادثة ، يطلب حكمها في الكتاب ، ثم في السنة ، ثم في الإجماع ، ثم في القياس ، فإن لم يجده فيأخذ حكمها من استصحاب الحال ، فإن كان التردد في زواله فالأصل بقاؤه . وإن كان التردد في ثبوته فالأصل عدم ثبوته[2] .

وقد ذكره الكثير بعد الأدلة الأربعة المعلومة[3] ، التي هي الكتاب والسنة والإجماع والقياس إلا ما رأيناه من صنيع إبن قدامة حيث قدمه على القياس في الذكر ، فكان الإستصحاب يعد الدليل الرابع في كتابه الروضة . كما صرح هو بذلك ، ولعله تابع في ذلك الإمام الغزالي[4] .

ولعل وجهتهم في ذلك أن الأصل فيه أنه يرجع إلى الكتاب أو السنة أو الإجماع وهذا لا يمنع أن يرجع إلى غيرهم من القياس ونحوه .

أركان الإستصحاب :

للإستصحاب أركان يمكن إستنباطها من التعريف ذكرها البعض

---

(١) الأحكام لابن حزم جـ ٥ ص ٥٩٠ ، إبن حزم لأستاذنا محمد أبو زهرة ص ٣٧٣ .
(٢) إرشاد الفحول للشوكاني ص ٢٣٧
(٣) إرشاد الفحول ص ٢٣٧ ، شرح طلعة الشمس جـ ٢ ص ١٨٥ ، الإحكام للآمدي جـ ٤ صـ ١٢٧ ، شرح مختصر ابن الحاجب جـ ٢ ص ٣٨٥
(٤) روضة الناظر لابن قدامة جـ ١ ص ٣٩١ ، المستصفى للغزالي جـ ١ ص ١٣١ .

وأهملها بعض آخر ، إلا أن الذاكرين لها منهم المقل ومنهم المكثر .

أما المكثر منهم فيريد بالأركان ، الأعم مما هو ركن وما هو شرط أي كل ما يتحقق به الإستصحاب ومن هؤلاء صاحب الأصول العامة[1] فقد ذكر أن للإستصحاب سبعة أركان هي :

١ ـ اليقين : ويريد به الأصوليون هنا ، إنكشاف واقع في نفس الأمر متعلقه الشرع أو العقل .

٢ ـ الشك : والمراد به ما يقابل اليقين ، سواء كان الشك بالمعنى المنطقي وهو تساوي الطرفين ، أو كان ظنا غير معتبر أي إدراك الطرف المرجوح وهو المسمى وهما . فكل ما ليس بيقين فهو شك في مصطلحهم هنا ، ويجري عليه أحكامه .

٣ ـ وحدة المتعلق فيهما ، أي أن ما يتعلق به اليقين ، هو الذي يكون متعلقا بالشك لا غيره .

٤ ـ فعلية الشك واليقين فيه ، فلا عبرة بالشك الفرضي لعدم نقض اليقين به ، ولا اليقين كذلك لعدم صدق نقض الشك به .

٥ ـ وحدة القضية المتيقنة ، والقضية المشكوكة في جميع الجهات ، بمعنى أن يتحد الموضوع ، والمحمول ، والنسبة ، والحمل ، والرتبة ، ويستثنى من ذلك الزمان رفعا للتناقض .

٦ ـ إتصال زمان الشك بزمان اليقين ، بمعنى أنه لا يتخلل بينهما فاصل من يقين آخر ، إذ لو حدث الفصل لانعدم تسلط البعض بالشك على اليقين .

٧ ـ سبق اليقين على الشك ، ليتم عدم نقض الشك له .

ثم ختم هذه الأركان بقوله : « فإذا اجتمعت هذه الأركان في موضع أمكن جريان الإستصحاب فيه ، وترتب حكمه بعد ثبوت حجيته . ومع

(١) الأصول العامة للفقه المقارن ص٤٥٣ وما بعدها .

تخلف بعضها لا يمكن جريانه أصلا[1] .

أما المقل منهم فقد أراد بالركن الداخل في الماهية وكان جزءا منها ، ولذلك كانت الأركان عنده هي الأربعة الأولى فقط . وأما الثلاثة الباقية فجعلها شروطا لجريان الإستصحاب .

والشرط الأساسي في جريان الإستصحاب ، وقوع الشك على بقاء المستصحب بعد العلم بوجوده ، ومعنى هذا أن يكون زمن المتيقن متقدما على زمن المشكوك فيه[2] .

وما دام الأمر أن كلا من النهجين فسر مراده بالركن ، فليس لنا حق الإعتراض ، لأنه يكون إصطلاحا له ولا مشاحة في الاصطلاح.

أنواع الإستصحاب :

أنواع الإستصحاب أو صور الإستصحاب ، أو إطلاقات الإستصحاب كلها كلمات متقاربة تدل على أن للإستصحاب أنواعا ينفرد كل نوع حسب الإضافة إليه ، وأن ما ذكرناه سابقا كان للإستصحاب بمعناه العام .

وقد ذكر العلماء أنواع الإستصحاب إلا أن منهم المقل ، ومنهم المكثر ، وسنكتفي بذكر أهم هذه الأنواع وهي أربعة :

النوع الأول :

استصحاب الحكم الأصلي للأشياء ، وهو الإباحة عند عدم الدليل على أمر يراد معرفة حكمه ، مما لا يوجبه العقل لأنه ضروري ، ولا يمنعه : لما فيه من ضرر بنفسه ، أو بغيره ، قال صاحب كشف الأسرار : فإن كان مما يوجبه العقل ، أو يمنعه خرج عن موضع الخلاف[3] الآتي :

---

(١) المرجع السابق

(٢) أصول الفقه للسيد محمد جواد مغنية ص ٣٤٨

(٣)كشف الأسرار جـ ٢ ص ٣١٧

وعلى هذا فكل الأطعمة والأشربة التي لم يوجد فيها دليل على حكمها من الكتاب الكريم أو السنة أو أي دليل من الأدلة المعتبرة ، تكون مباحة باستصحاب حكم الإباحة الأصلية .

وهذا النوع قد اختلف فيه على مذاهب :

المذهب الأول : مذهب القائلين بأن الأصل في الأشياء الإباحة ، حتى يرد الشرع مقررا ، أو مغيرا . وإليه ذهب جمهور المعتزلة ، وطائفة من فقهاء الحنفية منهم الكرخي ، والشافعية ، والظاهرية .

واستدلوا على ذلك بالكتاب الكريم ، والمعقول ،

أولا : الكتاب أما الكتاب الكريم فآيات كثيرة منها :

١ ـ قوله تعالى : ﴿هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً[1]﴾ . وجه الدلالة : أن اللّه تعالى أخبر بأنه خلق لعباده ما في الأرض جميعا وأمتن عليهم بذلك ، ومظهر هذه المنة : لا يكون إلا بإباحة الإنتفاع بها فكل ما فيها مباح إلا ما دل الدليل الخاص عل تحريمه .

ويؤ يد هذا المعنى قوله تعالى : ﴿وسخر لكم ما في السموات وما في الأرض جميعا منه﴾[2] فإن خلق ما في الأرض ، وتسخير ما في السموات وما في الأرض للناس ، لا يكون هذا الاخبار محققا فائدة ، إلا إذا كان ما في السموات وما في الأرض وما يخرج منها مباحا ، إذ لو كان ذلك محظورا عليهم ، لما كان هنالك من مقتض لهذا الإمتنان على العباد بالخلق أو التسخير لهم .

وقد يقول قائل . إن كلا من الأيتين يدلان على أن الأصل في كل الأشياء ، سواء كانت نافعة أو ضارة الإباحة .

وللرد على هذا نقول : إن هذا العموم الظاهري غير مراد ، بل هو

(١) سورة البقرة آية ٢٩

(٢) سورة الجاثية آية ١٣ .

خاص بالأشياء النافعة فقط ، دون الأشياء الضارة ، لقوله صلى اللّه عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار »[1] .

فهذا الحديث الشريف قد دل دلالة واضحة على النهي عن كل شيء فيه ضرر بالنفس أو إضرار بالغير ، فإذا كانت الأشياء التي لم يرد عن الشارع فيها حكم معين ضارة ، كانت محرمة بنص هذا الحديث ، ويكون الحديث مخصصا لعموم الآيتين ، ويكون المقصود من الآيتين إباحة الأشياء النافعة فقط ، دون الأشياء الضارة ولا مانع من تخصيص الكتاب بالسنة على رأي الحنفية وغيرهم لأن الآيتين سبق تخصيصهما قبل ذلك بما حرمه اللّه تعالى .

٢ ـ قوله تعالى : ﴿قل لا أجد فيما أوحي إلي محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير فإنه رجس ، أو فسقا أُهل لغير اللّه به فمن اضطر غير باغ ولا عاد فإن ربك غفور رحيم ﴾[2] .

فالآية تدل على أن عدم تحريم غير ما ذكر ، كان لعدم وجود دليل على تحريم غير ما حرمه اللّه تعالى في الآية ، فكان عدم وجود الدليل على التحريم دليلا على الحل، وما ذاك إلا لأن الأصل في الأشياء النافعة الإباحة .

لأن الإستفهام قصد به الإنكار ، ولم يقصد به حقيقته ، لاستحالته على اللّه تعالى ، لكونه عالما بكل شيء ، وإنكار تحريم الزينة والطيبات يقتضي إباحتها ، والإذن فيها وإلا لما كان للإنكار فائدة .

وأما أن الأصل في الأشياء الضارة ، والتي لم يرد عن الشارع فيها حكم معين ، الحرمة ، فهو ما روي عن رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم أنه قال : « لا ضرر ولا ضرار » .

وجه الدلالة : أن الضرر عام لأنه نكرة في سياق النفي فيعم كل ضرر ، ثم إن النفي هنا مراد به النهي ، لأن الضرر واقع ، والواقع لا يرتفع ، فلو

---

(١) رواه ابن ماجه في كتاب الأحكام ، والموطأ في كتاب الأقضية وأحمد بن حنبل في الأقضية أيضا ، وابن ماجه والدارقطني في سننيهما عن ابن عباس ، وهو حديث حسن .
(٢) سورة الأنعام آية ١٤٥ .

حمل الحديث على النفي للزم منه الكذب في خبر الرسول صلى اللّه عليه وسلم ، والكذب في خبره عليه السلام محال .

وبذلك يكون الحديث مفيدا للنهي عن كل ما فيه ضرر للنفس أو إضرار للغير ، ومعلوم أن صيغة النهي تفيد التحريم ، وعلى هذا يكون الحديث قد دل على أن كل ما فيه ضرر أو إضرار يكون محرما .

ثانيا : الإستدلال بالمعقول :

قالوا : إن الإنتفاع المترتب على الأشياء التي لم ينص على تحريمها إذا كان خاليا من المفسدة عادة فإن العقل يدعو إليه ، والشرع يؤ يد هذا بقوله تعالى : ﴿قل من حرم زينة اللّه التي أخرج لعباده والطيبات من الرزق﴾[1] فثبت إباحة الإنتفاع بما لم ينص على حكمه عملا باستصحاب الإباحة الأصلية .

المذهب الثاني : أن الأصل في الأشياء الحظر ؛ حتى يرد الشرع مقررا ، أو مغيرا ، وإليه ذهب بعض أصحاب الحديث ، ومعتزلة بغداد .

ووجهتهم : أن الحكم على ما لم يرد نص من الشارع على حكمه ، يعتبر حكما على شيء لم يحكم اللّه عليه ؛ فهو يشبه تصرف الإنسان في ملك غيره ، وهو ممنوع ؛ لأن الذي يملك تشريع الأحكام هو اللّه تعالى ، فإذا أبحنا ما لم يرد فيه نص ، فقد تصرفنا في ملك المشرع بدون إذنه ، وهذا لا يجوز ، فالأصل في الأشياء الحظر لا الإباحة .

المذهب الثالث : الوقف وقد انقسم القائلون به إلى فريقين .

الفريق الأول: قول الأشعري ، وعامة أصحاب الحديث . وهؤلاء قالوا بالوقف ، لأنه لا حكم فيها أصلا ، لعدم دليل الثبوت عن الشارع ، والعقل لا دخل له في تشريع الأحكام .

الفريق الثاني: قول بعض الحنفية بالوقف ووجهتهم أن ما لم يرد نص على حكمه . يجب الوقف فيه إذ لا بد وأن يكون له حكم ، وهو : إما الحرمة بالتحريم الأزلي ، أو الإباحة ، ولكنا لا نقف على أيهما هو المطلوب بالعقل :

---

(١) سورة الأعراف آية ٣٢ .

فنتوقف في الأمر ، لا لخلو الأمر عن الحكم أصلا ، بل لعدم دليل يدل عليه .

ولا شك أن مذهب المتوقف والقائل بالحظر ظاهر الفساد ، لأن من قال بإستصحاب الإباحة الأصلية ، قال بها اعتمادا على الأدلة النقلية ، التي تثبت إباحة كل ما لم يرد عن الشارع حكم فيه ، ما لم يكن ضارا بنفسه أو بغيره ، وهو أمر فطري تتقبله العقول السليمة .

ولهذا قال بعض العلماء : إن هذا النوع ليس من الإستصحاب ، وإنما هو من باب حكم الشارع على الجزئيات بالإباحة بالنص الدال عليها ، وأدرجه بعضهم في إستصحاب البراءة الأصلية[1] .

وأكثر العلماء إعتمادا على هذا الأصل : إنما هم الظاهرية ومن ينفي القياس معهم ، إذ وجدوا في الإستصحاب الرحاب الواسع الذي يدل على حكم كل ما لم يرد فيه نص عن الشارع عليه ، ولأجل إعتمادهم على هذا الأصل ، نفوا القياس ولم يقولوا به ، ويليهم في هذا الحنابلة ، الذين لا يلجؤ ون للقياس إلا عند الضرورة ، ويليهم الشافعية الذين لا يقولون بالمصالح المرسلة ويليهم الحنفية الذين يجدون في الإستحسان ما يغنيهم عن الإستصحاب ، ويليهم المالكية الذين إتسعت دائرة المصلحة المرسلة عندهم حتى شملت كل ما كانوا يطمعون في تحقيقه عن طريق الإستصحاب .

النوع الثاني : إستصحاب البراءة الأصلية أو العدم الأصلي

من الأمور الثابتة ، أن الأحكام الشرعية لا تدرك بالعقل ، لكن العقل دل على براءة الذمة من الواجبات ، قبل بعثة الرسل عليهم الصلاة والسلام وكذلك بعد بعثة الرسل فيما لم يرد بحكمه دليل من الشارع .

فاستصحاب البراءة الأصلية ، أمر مقرر وثابت إلى أن يرد دليل الشرع ، فإن جاء الرسول صلى الله عليه وسلم ، وأوجب خمس صلوات في اليوم والليلة فتبقى الصلاة السادسة غير واجبة ، لا بتصريح النبي صلى الله عليه وسلم بنفيها ، ولكن عدم وجوبها كان باستصحاب البراءة الأصلية ، لأن قطع الرسول بالإيجاب كان قاصرا على الصلوات الخمس ، فبقي حكم

---

(١) التقرير والتحبير جـ ٣ ص ٢٩٠ وما بعدها ، شرح الأسنوي على المنهاج جـ ٣ ص ١٢٧ وما بعدها ، أصول الفقه لأستاذنا فضيلة الشيخ زهير جـ ٤ ص ١٧٥ .

الصلاة السادسة على إستصحاب النفي الأصلي ، أو البراءة الأصلية ، لأن الشرع لم يرد بها ،

وكذلك إذا أوجب الشارع عبادة في وقت وأديت فيه ، بقيت الذمة على البراءة الأصلية غير مشغولة ، وإذا أوجب الشارع الزكاة على القادر ، بقي العاجز على البراءة الأصلية لا يجب عليه منها شيء ،

وإذا ادّعى شخص على آخر دينا ، ولم يقم بينة على دعواه ، بقي المدعى عليه بريئا من هذا الدين إستصحابا للبراءة الأصلية ،

وكذلك إذا ابتاع إنسان من آخر حيوانا ، وادعى وجود عيب فيه ، فالقول قول البائع ، إستصحابا للبراءة الأصلية ، وهي السلامة من العيوب ، إذ الشأن فيه السلامة حتى يقيم المشتري البينة ، وغير ذلك من الأمور التي تجد وتحدث ، ولم يقم دليل من الشارع على حكمها ، فالأصل فيها العدم استصحاباً للبراءة الأصلية ،

وهذا النوع من الإستصحاب يمكن أن يندرج فيه إستصحاب العموم عند من يقول به ، إلى أن يرد المخصص ، واستصحاب العمل بالنص ، إلى أن يثبت ناسخ له .

النوع الثالث :

استصحاب ما دل العقل والشرع على ثبوته واستمراره . كالملك عند وجود سببه ، فإنه يثبت حتى يوجد ما يزيله .

وبيان ذلك أنه : إذا ثبت الملك لشخص بسبب من أسبابه كالبيع أو الإرث ، إعتبر ذلك قائما مهما طال الزمن ، حتى يقوم الدليل على تغيره لسبب آخر . وكثبوت الحل بين الزوجين عند جريان العقد الذي يفيده ، فإنه إذا ما تزوج شخص فإنه يحكم ببقاء هذا الزواج وما يترتب عليه من حل كل من الزوجين للآخر والنفقة وانتساب الأولاد إلى أن يقوم دليل آخر يدل على حصول الفرقة بطلاق بائن مثلا ، وعلى هذا فكل من علم بهذا الزواج له أن يشهد به ، ما لم يقم دليل عنده يدل على الفرقة .

وهكذا كل حكم دل العقل والشرع على ثبوته عند وجود سببه الذي

يترتب عليه ، فإنه يعتبر باقيا حتى يقوم الدليل على زواله .

ويعبر عن هذا النوع بأنه : إبقاء ما كان على ما كان حتى يثبت خلافه

وعبر عنه ابن القيم باستصحاب الوصف المثبت للحكم حتى يثبت خلافه .

وقال الغزالي في هذا النوع :فالإستصحاب ليس بحجة إلا فيما دل على ثبوته ودوامه بشرط عدم المغير[1] .

فهو في الحقيقة عبارة عن التمسك بدليل عقلي أو شرعي ، أي ما ثبت به فالأصل استمراره . وليس راجعا إلى عدم العلم بالدليل ، بل إلى دليل مع العلم بانتفاء المغير ، أو مع ظن انتفاء المغير ، عند بذل الجهد في البحث والطلب عن الدليل المغير .

وهذا النوع في نظر ابن القيم لا خلاف في وجوب العمل به إلى أن يثبت له معارض[2] . وذكر البعض جريان الخلاف فيه ـ وهو الأصح ـ فقيل لا يصلح هذا النوع حجة مطلقا ، وقيل إنه حجة في الدفع لا في الرفع أي أنه حجة لإبقاء ما كان على ما كان ، وليس بحجة لإثبات أمر لم يكن هذا رأي الحنفية والمالكية [3] وسيأتي تفصيل ذلك .

النوع الرابع : استصحاب حكم ثابت بالإجماع في محل النزاع .

مثاله : إنعقاد إجماع العلماء على بطلان صلاة المتيمم الذي لم يجد الماء ، إذا رأى الماء قبل الصلاة .

فإذا رأى الماء أثناء الصلاة فهل تبطل صلاته إستصحابا لهذا الإجماع ؟ أو تصح صلاته ويستمر فيها ولا يستصحب الإجماع ؟ .

---

(١) إعلام الموقعين جـ ١ ص ٣٤٠ ، المستصفى للغزالي جـ ١ ص ١٣٩ ، الابهاج جـ ٣ ص ١١٠ غاية الوصول ص١٣٨ ، شرح المحلي على جمع الجوامع جـ ٢ ص ٢٨٤ ، اللمع لأبي إسحاق الشيرازي ص٦٦ .

(٢) إعلام الموقعين جـ ١ ص ٢٤٠ .

(٣) التقرير والتحبير جـ ٣ ص ٢٩١ ، شرح المحلي على جمع الجوامع جـ ٢ ص ٢٨٤ ، غاية الوصول بشرح لب الأصول ص١٣٨ ، أصول الإستنباط للحيدري ص ٢١٠ ، اللمع للشيرازي ص٦٦ .

وبتصوير آخر انعقد إجماع الفقهاء على صحة صلاة المتيمم غير الواجد للماء ، فإذا رأى الماء أثناء الصلاة فهل يستصحب الإجماع ويتم صلاته ؟ أم تبطل صلاته ويستأنفها بالوضوء ؟

إختلف الأصوليون في جواز إستصحاب الإجماع في محل النزاع وعدم جوازه ، وأدى خلافهم هذا إلى الخلاف في تلك المسألة الفرعية .

١ ـ فأبو حنيفة والغزالي وابن قدامة وغيرهم يرون أن هذا النوع من الإستصحاب لا يحتج به ، ووجهتهم أن الإجماع إنعقد على حالة تغيرت صفتها وهو حجة بشرط عدم تغير تلك الحال ، ولما تغيرت الصفة لا يحتج به على هذه الحالة ، لأن الحالة التي انعقد عليها الإجماع كانت حالة عدم وهذه حالة وجود ، ومن أراد إلحاق العدم بحالة الوجود فعليه الدليل ولا دليل فيثبت مدعانا وهو المطلوب .

٢ ـ وذهب الشافعي وأبو ثور وداود الظاهري إلى الإحتجاج به ، وهو قول المزني والصيرفي وابن شاقلا وابن حامد والرازي ، واختاره الآمدي وابن الحاجب ، وقد رجح هذا القول ابن القيم وقال إنه التحقيق .

ووجهة هؤلاء أن الأصل إستصحاب حال المجمع عليه حتى يثبت ما يزيله ، وليس الإجماع هو علة الحكم المجمع عليه ، أو سببه ، حتى يزول بزواله فتغير وصف المجمع عليه ، لا يمنع إستصحاب الحكم ، إلا إذا جعل الشارع ذلك الوصف الحادث ناقلا للحكم مثبتا لضده[١] .

قال ابن القيم : والتحقيق : أن هذا دليل من جنس إستصحاب البراءة . إلى أن قال : ومما يدل على أن إستصحاب حكم الإجماع في محل النزاع حجة ، أن تبدل حال المجمع على حكمه أولا كتبدل زمانه ومكانه وشخصه ، فإن تبدل هذه الأمور وتغيرها لا يمنع إستصحاب ما ثبت له قبل التبدل ، فكذلك تبدل وصفه وحاله ، لا يمنع الإستصحاب حتى يقوم دليل على أن الشارع جعل ذلك الوصف الحادث ناقلا للحكم مثبتا لضده[٢] .

---

(١) التمهيد للأسنوي ص ١٢٩ ، المستصفى للغزالي جـ ١ ص ١٣٨ روضة الناظر جـ ١ ص ٣٩٣ ، حاشية البنان على شرحه المحلى جـ ٢ ص ٣٥

(٢) إعلام الموقعين جـ ١ ص ٣٤١ وما بعدها .

والقول باستصحاب الإجماع هو الذي يرجحه الشوكاني حيث قال : والقول الثاني هو الراجح ، لأن المتمسك بالإستصحاب باق على الأصل ، قائم في مقام المنع فلا يجب عليه الإنتقال عنه إلا بدليل يصلح لذلك ، فمن ادعاه جاء به[1] .

وقال الشيخ أبو زهرة: هذا الإستصحاب أصل فقهي قد أجمع الأئمة الأربعة ومن تبعهم على الأخذ به ، ولكنهم اختلفوا في مقدار الأخذ به[2]

وقد مثل الظاهرية لهذا النوع بجواز بيع أم الولد ، لأن الإجماع انعقد على جواز بيع هذه الجارية قبل أن يستولدها سيدها فتلد ولدا له «فيظل هذا الإجماع مستمرا حكمه بعد الإستيلاد بمقتضى إستصحاب الحال لأن الولادة لم تزل» هذا الإجماع عندهم .

ونحن مع إحترامنا للمجوز باستصحاب الإجماع في محل النزاع نرى أن كلا من الفريقين قال بجواز التغيير عند وجود الدليل ، ولا دليل لأحدهما على الآخر فبقي الأمر خاضعا للمصلحة فنقول : الأفضل إستصحاب الإجماع في حال رؤ يته للماء في الصلاة لأن الشريعة بنيت على اليسر والتيسير .

وفي مثال جواز بيع أم الولد نرى أن الشارع الحكيم إلتمس كل الأسباب لإطلاق حرية الإنسان من كفارة أو قرابة أو إستيلاد أو غيرها فالقول باستصحاب الإجماع في هذه الحالة في النفس منه شيء فيكون الأولى عدم استصحاب حكم الإجماع والله الموفق .

حجية مذهب الاستصحاب

إختلف الأصوليون في الاستدلال بالإستصحاب ، وزعم البعض أن الخلاف في بعض أنواعه كصنيع الغزالي الذي جعل الخلاف في إستصحاب الإجماع[3] . والحق أن الخلاف في كل الأنواع ، وقد ذكر الشوكاني أقوالا كثيرة[4] في حجية الإستصحاب ، وخلاصتها ثلاثة فقط .

(١) إرشاد الفحول للشوكاني ص ٢٣٨ وما بعدها .
(٢) أحمد بن حنبل لفضيلة أستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة ص ٢٨٩ .
(٣) المستصفى للغزالي جـ ١ ص ١٢٩ .
(٤) إرشاد الفحول للشوكاني ص ٢٣٨ .

القول الأول : أنه حجة مطلقا سواء في النفي أم الإثبات ، وهو قول جمهور الحنابلة ، والمالكية وأكثر الشافعية ، وبعض الحنفية كصاحب الميزان ، وقول الظاهرية ، والزيدية ، وأكثر الشيعة الإمامية يعتبرونه دليلا وافر الإنتاج ، ولا يعملون به إلا بعد الفحص عن الإمارات الكاشفة ، التي قد تدل على وجود حكم معين[1] .

القول الثاني : قول الكثير من متأخري الحنفية ، وبعض المالكية ، وهو أن الإستصحاب حجة للدفع لا للإثبات ، أي أنه يصلح لأن يدفع به من ادعى تغير الحال ، لإبقاء الأمر على ما كان ، أي أن الإستصحاب لا يثبت به إلا الحقوق السلبية ، فلا يثبت حكما جديدا ، وإنما يستمر به حكم العقل بالإباحة الأصلية ، أو براءة الذمة ، أو ببقاء حكم الشرع بشيء بناء على تحقيق السبب الذي ربط به هذا الحكم ، فبقاء الأمر على ما كان ، إنما يستند إلى موجب الحكم ، لا إلى عدم المغير ، ولهذا قالوا : إن الإستصحاب حجة لإبقاء ما كان على ما كان ، لا لإثبات ما لم يكن .

فالإستصحاب لبراءة الذمة ليس بحجية لبراءتها حقا ، بل يصلح فقط لمدافعة الخصم الذي يدعي شغل هذه الذمة بدون دليل يثبت دعواه ، واستصحاب الملكية الثابتة بعقد سابق ليس حجة لبقاء الملكية ، بل حجة لدفع دعوى من يدعي زوال هذه الملكية دون أن يقيم الدليل على ذلك .

القول الثالث : أن الإستصحاب ليس بحجة مطلقا أي سواء كان لإثبات أمر لم يكن ، أو كان لإبقاء ما كان ، وهو قول أكثر الحنفية ، وجماعة من المتكلمين كأبي الحسين البصري وغيره[2] .

واستند القائلون بحجيته إلى ما يلي :

أولا : إن ما ثبت في الزمان الأول من وجود أمر ، أو عدمه ، ولم يظهر زواله لا قطعا ولا ظنا ، فإنه يلزم بالضرورة أن يحصل الظن ببقائه كما كان ، والعمل بالظن واجب ، كما أن بقاء الباقي راجح على عدمه ، لأن الباقي لا

---

(١) أصول العامة للفقه المقارن صـ ٤٤٧ .

(٢) تيسير التحرير جـ ٤ ص ١٧٦ ، إرشاد الفحول ص ٢٣٨ ، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ ٢ ص ٢٨٤ ، أصول الشاشي ص ١١٦ ، الإحكام للآمدي جـ ٤ ص ١٢٨ .

يحتاج إلى سبب ولا شرط جديدين ، والعدم المفروض أمر حادث فيحتاج إلى سبب أو شرط ، وما لا يفتقر أولى مما يفتقر ، فيكون البقاء أرجح من العدم ، وهو مفاد الإستصحاب .

ثانيا : قالوا : إن الأحكام الشرعية التي وجدت في عهد الرسول صلى اللّه عليه وسلم هي ثابتة في حقنا ونحن مكلفون بها ، وطريق إثباتها بالنسبة إلينا هو الإستمرار ، وبقاء ما كان على ما كان ، فلو كان الإستصحاب غير مفيد لظن البقاء ، لما ثبتت هذه الأحكام في حقنا ، لجواز أن تكون قد نسخت ، ولكان احتمال النسخ مساويا لاحتمال البقاء ، ويكون ثبوتها حينئذ ترجيح بلا مرجح .

ولسنا نسلم هذه الحجة لأن ثبوت أحكام الشريعة كان من إبقائها صالحة لكل الأزمان وأفعال الرسول صلى اللّه عليه وسلم دالة على ذلك فالدليل في غير محل النزاع .

ثالثاً : قالوا : إن العقلاء من أهل العرف إذا تحققوا وجود شيء أو عدمه وله أحكام خاصة به ، فإنهم يسوغون القضاء والحكم بها في المستقبل من زمان ذلك الوجود أو العدم ، حتى إنهم يجيزون مراسلة من عرفوا وجوده قبل ذلك بمدد متطاولة ، وإنفاذ الودائع إليه ، ويشهدون في الحالة الراهنة بالدين على من أقر به قبل ذلك ولو بعيدا، ولولا الظن بأن الأصل البقاء أي بقاء ما كان على ما كان لما ساغ لهم ذلك ، ولكان ذلك كله سفها ، وإذا ثبت الظن وجب العمل به شرعا .

واستدل البعض بقول الرسول صلى اللّه عليه وسلم : إن الشيطان ليأتي أحدكم فيقول أحدثت ، فلا ينصرفن حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا ».

قالوا : وكثير من قواعد الشرع دالة على استصحاب الحال . فمن قال لا إله إلا اللّه محمد رسول اللّه حرم دمه وماله مدة حياته ، ولو لم يسمع منه تشهد بعدها أبدا حتى ولو كان مرتدا سرا وهو معنى الإستصحاب .

وكذلك الحكم في الأشياء الطاهرة ببقائها على طهارتها حتى يثبت تنجيسها .

وكذلك الحكم في الأشياء المحرمة ببقائها على حرمتها حتى يثبت تحليلها

بوجه شرعي ونحو ذلك كثير :

ففي هذه الأمور ، نجد إعتبار الشرع لها ، فجعلناه حجة للإستصحاب ويكون ذلك حجة فيما سكت عنه الشارع .

أدلة النافي للحجية مطلقا .

١ - قالوا : من المفروض أن الدليل دل على ثبوت الحكم ، ولم يدل على بقائه واستمراره ، فعلى ذلك يكون بقاؤه لا دليل عليه ، وكل حكم بغير دليل يدل عليه فهو مردود[1] . ثم قالوا وكيف يجعل الإستصحاب حجة لإبقاء ما كان على ما كان ، والبقاء لا يضاف إلا إلى الدليل الموجب ، بل حكمه الثبوت لا غير .

٢ - قالوا إن في التمسك بالإستصحاب فتح الطريق إلى القول بالتعارض بين الأدلة ، فإن من استصحب حكما من صحة فعل ، أو سقوط واجب ، كان لخصمه أن يستصحب خلافه في مقابلته .

وقالوا : إن بقاء الشرائع وامتدادها ليس بالإستصحاب ، بل لسبب آخر كالنصوص الدالة على أنه لا نسخ لهذه الشريعة ، لأنها خاتم الشرائع ، وجاءت عامة للناس في كل عصر[1] .

أدلة المفصل القائل بأنه حجة في النفي دون الإثبات ..

قالوا : إن الدليل الموجب للحكم السابق لا يدل على تحقيق البقاء من هذا الدليل ، ولهذا كان الإستصحاب حجة للدفع ، وأما الإثبات أو البقاء فهو محتاج إلى دليل آخر يثبته ويبقيه . إذ بقاء الشيء غير وجوده ، فقد يكون الشيء موجبا لوجود شيء دون استمراره . ولو كان الإيجاد موجبا للبقاء كما كان موجدا للوجود لما تصور الافناء بعد الإيجاد لاستحالة الفناء للمتبقي .

---

(١) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي جـ ٣ ص ٣٧٩ .
(٢) المرجع السابق .

رأينا في ذلك

هكذا رأينا كل فريق يحاول أن ينتصر قدر استطاعتـه ، تجلى ذلك في الدقة التي عرض بها المفصل والمانع استدلاله بين الثبـوت والبقـاء وتجاهـلا التلازم بينهما كما وعت ذلك جُلُّ الفِطَرْ . كما أنهم أتوا بقياس مع الفارق حين قاسوا الأشياء على إيجاد اللّه للكائنات ثم فنائها ، وغاب عنهم أن وجودهـا استمر إلى نهاية أجلها الذي قدره اللّه تعالى لها ، واستمر وظل ثابتا وملازما لها قدر ما قدر الله تعالى .

فالحق أن التلازم بين الثبوت والبقاء ثابت ومستمر في نظرنا حتى يقضي اللّه أمرا كان مفعولا .

وإن استصحاب الحكم الذي دل عليه دليل ، واعتباره قائما إلى أن يطرأ دليل آخر يقتضي خلافه مما تقضي به الفطرة السليمة ، وتؤ يده تصرفات الناس وأعمالهم ، فكل عقد أو تصرف ترتب على حكمه يعتبر ثابتاً إلى أن يطرأ عليه ما يغـيره ، قال الغزالي : فالإستصحاب عبـارة عن التمسـك بدليل عقلي ، أو شرعي ، وليس راجعا إلى عدم العلم بالدليل ؛ بل إلى دليل مع العلم بانتفاء المغير ، أو مع ظن إنتفاء المغير عند بذل الجهد في البحث والطلب .

وقد ترتب على هذا الإختلاف بين العلماء إختلاف آخر في مسائـل : منها إرث المفقود .

إختلف الأئمة في إرث المفقود ـ وهو الغائب الذي لا يعلم مكانه ولا يدرى أحي هو أم ميت ؟

١ ـ فذهب المالكية والشافعية إلى القول بحجية الإستصحاب مطلقا ، وأنـه يتلقى كل الحقوق التي له من غيره ، فيرث من غيره ، وتثبت له الوصايا إستصحابا لحياته ؛ وتظل على ملكيته كل الحقوق التي كانت قبل فقده ، فهم يحكمون ببقائه حياته مدة فقده إلى أن يثبت موته[1] .

٢ ـ وذهب الحنفية القائلون بأن الإستصحاب حجة في الدفع لا في الإثبات ، إلى أنه يعتبر حيا في حق نفسه فلا توزع تركته بل تستمر على حكم ملكه

(١) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٥٢ ، مغني المحتاج جـ ٣ ص ٢٦ وما بعدها .

إلى أن تتحقق وفاته أو يحكم القاضي بموته ، أو يمضي زمن التقدير وهو مائة وعشرون عاما من يوم مولده .

وأما في حق غيره فيعتبر ميتا ؛ فإذا مات من يرثه فلا يحتفظ له بنصيب ولا يعتد به في توزيع التركة على ورثة المتوفى[1] .

٣ ـ وذهب الإمام أحمد : إلى أنه يعتبر حيا في حق نفسه وحق غيره مدة أربع سنين من غيابه وعلى هذا فلا يرث ولا يورث إلا بيقين .

فإذا ثبت أنه لا يورث إستصحابا لحياته ؛ ثبت توريثه من مورثه إذا مات ، لأن الإستصحاب حجة في الإثبات كما هو حجة في الدفع[2] .

وأما حكم المفقود بالنسبة للقائلين بأن الإستصحاب ليس حجة مطلقا أي ليس حجة في الدفع ولا في الإثبات .

فإنهم يقولون : أن عدم ميراثه وتوريثه ، لا حجة للإستصحاب في الحكم على المفقود دفعا أو إثباتا ، لأن عدم إرثه أنه لم يثبت بأي دليل موته حتى يرثه قريبه ، ولم تثبت حياته قطعا حتى يرث من قريبه ، فلم يعملوا بالإستصحاب في الدفع أو الإثبات .

ومنها في الشفعة أنه لا يجب على الشفيع عند الشافعية ، البينة على ملك المشفوع به إذا أنكر المشتري على الشفيع ملكه للشيء المشفوع به عملا باستصحاب وضع اليد الذي هو دليل الملك في الظاهر . إذ الإستصحاب عندهم حجة في الدفع والإثبات جميعا . وتجب البينة على الشفيع عند الحنفية ، لأن التمسك بالاستصحاب يصلح حجة للدفع لا للإثبات .

المبادئ الفقهيّة المبنيّة على الاستصحاب

١ ـ الأصل بقاء ما كان على ما كان .

فهذه القاعدة هي التي بنى عليها الخلاف في إرث المفقود وفي الشفعة وقد سبق الكلام على ذلك .

---

(١) فتح القدير جـ ٤ ص ٤٤٤ ، حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ٢٩٣ .
(٢) المغني لابن قدامة جـ ٦ ص ٣٨٩.

٢ ـ الأصل في الأشياء الإباحة ما لم يرد ما يدل على المنع ، وقد سبق خلاف العلماء في ذلك .

٣ ـ اليقين لا يزول بالشك .

وقد انبنى على هذه القاعدة أن من تيقنً الوضوء وشك في انتقاضه فإنه يحكم ببقاء وضوئه .

٤ ـ الأصل براءة الذمة :

٥ ـ هل يلزم النافي للحكم دليل ؟

وقد فرع كثير من الأصوليين على الإستصحاب مسألة النافي للحكم هل يلزمه دليل ؟ فقد إختلفوا فيمن جزم بانتفاء حكم هل يلزمه إقامة دليل ، أم يكفيه كون الأصل عدمه ؟

فقال جمهور المتكلمين والفقهاء : إن من قطع بنفي حكم عقلي أو شرعي ، فعليه الدليل على دعواه القطع . بخلاف ما إذا قال لا أعلم ثبوته ، فالدليل على من جزم بالثبوت .

وقال فريق من العلماء من أصحاب أبي حنيفة ، وبعض الأباضية ، لا يجب على من نفى حكما دليل على ذلك .

وذهب فريق آخر إلى التفصيل ، فقالوا : إن كان المنفي حكما عقليا ، فعلى النافي أن يقيم الدليل على دعواه ، وإن كان المنفي حكما شرعيا ، فلا يجب عليه أن يقيم الدليل ، وإنما يكون على المثبت .

إستدل الجمهور على أنه يلزمه الدليل بوجهين :

الأول : أن اللّه تعالى ألزم النافي الدليل في مقام المناظرة ، فلو لم يلزمه لما ألزمه إياه ، لأنه تعالى أبان ذلك في قوله حكاية عن اليهود والنصارى ، ﴿وقالوا لن يدخل الجنة إلا من كان هودا أو نصارى﴾ فهي دعوى نافية دخول الجنة لغيرهما ، فأجاب سبحانه وتعالى : ﴿تلك أمانيهم﴾ ثم أمر نبيه صلى اللّه عليه وسلم بمطالبتهم بدليل على دعواهم النافية فقال : ﴿قل هاتوا برهانكم إن كنتم صادقين﴾[1] . أي أقيموا الدليل على أنه لا يدخل إلا من كان هودا أو

(١) سورة البقرة آية ١١١ .

نصارى ، وهو إلزام الدليل على دعوى النفي وهو المطلوب .

الثاني : يقال للنافي : ما ادعيت نفيه علمته أم أنت شاك فيه ؟ فإن أقر بالشك فلا يطالب الشاك بالدليل لأنه معترف بجهله وعدم معرفته . وإن ادعى بأن قال: أنا متيقن للنفي قيل له: إما أن يعلم هذا بنظر ودليل ، أو تقليد، فإن إدعى العلم عن تقليد، فالتقليد لا يفيد العلم، لأن الخطأ جائز على المقلد، والمقلد معترف بعمى نفسه، وإنما يدعي البصيرة لغيره ، وإن كان عن نظر ودليل، فلا بد من بيانه وإظهاره، لأنه لو أسقط الدليل عن النافي ، لم يعجز المثبت عن التعبير عن مقصود إثباته .

واستدل القائلون بعدم وجوب الدليل على النافي كما يلي :

أولا : قالوا إن المدعى عليه الدين لا دليل عليه ، كما لا تجب بينة على المنكر لثبوت حق مدعي ، وكما لا يجب الدليل على من أنكر نبوة مدعي النبوة ، بل الدليل على المدعي برهانا على ما ادعاه .

ويمكن أن يقال : إن الدليل في غير محل النزاع لأمرين :

١ ـ أن الدليل جرى على مجرد الدعوى بالنفي ، والذي نحن بصدده الجزم بالنفي لا مجرد النفي .

٢ ـ قولهم إن الدليل على المدعي برهانا على ما ادعاه ، في غير محل النزاع أيضا ، لأنه يكون في هذه الحالة مثبتا ، والمثبت يجب عليه الدليل بالاتفاق .

ثانيا : إن الدليل على النفي متعذر ، فكيف يكلف ما لا يمكن كإقامة الدليل على براءة الذمة .

الجواب أن الذي نحن فيه الجزم بالنفي لا مجرد النفي فيكون الدليل في غير محل النزاع .

واستدل المفصل بأن الأصل في الأحكام الشرعية إنتفاؤها ، فلم يحتج النافي لها إلى دليل ، بخلاف العقليات فإن الأصل فيها الجواز .

ورد هذا بأن كون الأصل لعدم دليل على النفي مطلقا ، وكلامنا في

الجزم بانتفاء الحكم[1] .

وبهذا يتبين رجحان القول الأول لقوة دليله والله الموفق .

هذه القواعد يعتبرها الذين يقولون بالإستصحاب داخلة فيه ومبنية عليه ، وأما الذين لا يعترفون بحجية الإستصحاب في إستدلالهم ، فإنهم يرون أن هذه القواعد منفصلة عنه وغير مبنية عليه ، ويقولون في الفروع المبنية على الإستصحاب إن دليلها هو النص المقتضي للحكم أو ما يقوم مقام النص الذي يفيد استمرار الحكم بوصفه ودلالته من غير استصحاب جديد .

الاستصحاب بين الفقه والأصول

قد يقال : هل الإستصحاب من علم الفقه أو من علم أصول الفقه ؟

وللجواب على هذا نقول : إن موضوع علم أصول الفقة هو البحث عن الأدلة الإجمالية وما يعرض لها من العموم والخصوص والإجمال والتقييد والناسخ والمنسوخ وغير ذلك مما هو موضوع أصول الفقه .

وموضوع الفقه هو البحث عما يعرض لأفعال المكلفين ، وما يتعلق بها من الوجوب والحرمة والندب والكراهة الخ .

بعد هذا يتضح لنا أن الشك الذي هو أحد أركان الإستصحاب ، إن كان يرجع إلى الدليل أو ما يعرض له من العوارض الذاتية ، يكون الإستصحاب من أصول الفقه ، لأن البحث حينئذ بحث عن الدليل الشرعي وما يعرض له لا عما يعرض لأفعال المكلفين .

وإن كان الشك يرجع إلى فعل المكلف الذي تعلق به التكليف ، لا في نفس التكليف الكلي فيكون من الفقه ، لأن البحث فيها بحث عما يعرض لأفعال المكلفين لا عن الدليل الشرعي .

فإن قيل إن صح هذا فلم لا ينفرد أحد من السابقين ويذكره في كتب الفقه ؟

---

(١) روضة الناظر جـ ١ ص ٣٨٩ ، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ ٢ ص ٢٨٤ ، مرآة الأصول جـ ٢ ص ٣٦٧ ، الإبهاج جـ ٣ ص ١١٢ ، شرح طلعة الشمس جـ ٢ ص ١٨١ وما بعدها .

قلنا الأصل في الفقيه أن يكون عنده القدرة على استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية ، ولا يكون كذلك إلا من كان دارسا لأصول الفقه ملما به ، ولما كان لا بد من تحقق هذا الشرط إستغنى عن ذكره في علم الفقه أو ذكر تغليبا للأصل فإنهم قالوا : كل أصولي فقيه وليس كل فقيه أصولي .

أو نقول لما دار أمر الإستصحاب بين الفقه والأصول بحسب البحث وبذلك الجهد إستغنى عن ذكره في علم الفقه ، وذكر في علم الأصول ، لكون أغلب القواعد المبنية عليه قواعد أصولية أو ذكر تغليبا ، وجعله صاحب الأصول العامة ظاهرة اجتماعية يصدر عنها الناس في مجتمعاتهم حتى مع الشك من صدورها تلقائيا ، كما هو الشأن في الظواهر الإجتماعية حيث قال :

والذي يبدو لي أن الإستصحاب من الظواهر الإجتماعية العامة التي ولدت مع المجتمعات ودرجت معها ، وستبقى ما دامت هذه المجتمعات ضمانة لحفظ نظامها واستقامتها ، ولو قدر للمجتمعات أن ترفع يدها عن الإستصحاب لما استقام نظامها بحال[1] . . الخ .

ومن العجب أن يستحسن هذا القول بعض أهل السنة ، وهو كلام يحوي في ظاهره وباطنه حكم العقل الخاضع لقاعدة التحسين والتقبيح العقليين والذي يعتبر أحد المصادر عندهم وغاب عنهم قول الإمام الغزالي : فالإستصحاب عبارة عن التمسك بدليل عقلي أو شرعي ، وليس راجعا إلى عدم العلم بالدليل بل إلى دليل مع العلم بانتفاء المغير ، أو مع ظن انتفاء المغير عند بذل الجهد في البحث والطلب[2] .

فلو كان ظاهرة إجتماعية فأين بذل الجهد في البحث والطلب ، وفق الله تعالى الجميع إلى ما يحب ويرضى[3] .

(١) الأصول العامة للفقه المقارن ص ٤٥٩ من الشيعة الإمامية .
(٢) المستصفى للغزالي جـ ١ ص ٢٢٣ .
(٣) أنظر الجزء الأول من هذا المؤلف ص ١١٣ وما بعدها .

الإستصحاب لا يثبت حكما جديدا

كثير من الكاتبين ذكروا في ختام بحث الإستصحاب أن الإستصحاب لا يثبت حكما جديدا لأننا لو دققنا النظر في تعريفه وفي أنواعه لتبين لنا بوضوح أن الاستصحاب إعمال لدليل سابق قائم وإقرار لأحكام ثابتة لم يحصل تغير فيها ، وإذا كان الأمر كذلك فهو لا يثبت حكما جديدا ، وكل ما هنالك أنه يكشف به عن وجود الحكم وبالتالي يكشف عن استمراره لأن الإستمرار ملازم للوجود الآن كالإباحة الأصلية أو العدم الأصلي أو حكم الشرع بشيء بناء على وجود سببه .

ولا يكون ذلك إلا بعد بذل الجهد في البحث عن المغير . وهذا هو الحق في الإستصحاب والله أعلم بالصواب .



البحث الرابع
في
مذهب الصحابي



إتفق العلماء على المراد من مذهب الصحابي[1] ، وإن اختلفت كلمتهم في تسميته ، فسماه بعضهم : ب « مذهب الصحابي » وبعضهم ب « قول الصحابي » وبعضهم : ب « رأي الصحابي» وأطلق الشاطبي عليه لفظ « سنة » حيث قال : « ويطلق أيضا لفظ « السنة » على ما عمل عليه الصحابة ، وجد ذلك في الكتاب أو السنة أو لم يوجد »[2] .

ولا شك أن هذا الإطلاق يصح لغة ، أما على سبيل الإصطلاح فلا مندوحة له ، لأن لفظ السنة صار في إصطلاح العلماء على ما أثر عن رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير وزاد أهل الحديث على ذلك أو «وصف» .

وعلى أية حال فالمراد بمذهب الصحابي أو قوله أو رأيه أو سنته ما أثر عن أحد صحابة رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير في أمر من أمور الدين .

معنى الصحابي :

(أ) الصحاب في اللغة : المرافق ، ومالك الشيء ، والقائم على الشيء ، كل هذا يقال له : صاحب ، وفي التنزيل :﴿ وما جعلنا أصحاب النار إلا ملائكة﴾[3] .

ويطلق لفظ الصاحب على من اعتنق مذهبا ، أو رأيا ، فيقال أصحاب الشافعي ، وأصحاب أحمد ، جمعه : صحب ، وأصحاب ، وصحاب ،

---

(1) سبق نشر هذا البحث في مجلة أضواء الشريعة التي تصدرها كلية الشريعة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية العدد الثامن ص ٣٦٥ .
(2) أنظر الموافقات للشاطبي بتعليق الشيخ محمد حسنين مخلوف جـ ٢ ص ٤ .
(3) من سورة المدثر آية ٣١ .

والصاحبة : الزوجة ، قال تعالى : ﴿ وأنه تعالى جد ربنا ما اتخذ صاحبة ولا ولدا ﴾[1] .

« والصحابي : جمعه : صحابة والمراد به من لقي الرسول صلى الله عليه وسلم مؤمنا به ومات على الإسلام »[2] .

ب ـ وفي اصطلاح المحدثين : هو كل مسلم رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو من الصحابة .

وقال البخاري في صحيحه : من صحب النبي صلى الله عليه وسلم أو رآه من المسلمين فهو من أصحابه . وحكى ابن الصلاح عن أبي المظفر السمعاني المروزي أنه قال : أصحاب الحديث يطلقون اسم الصحابة على كل من روى عنه حديثا أو كلمة ، ويتوسعون حتى يعدون من رآه رؤية من الصحابة .

ويعلق ابن الصلاح على ذلك بقوله : وهذا لشرف منزلة النبي صلى الله عليه وسلم ، أعطوا كل من رآه حكم الصحبة[3] .

والحق أن هذه المعاني إنما تتأتى في الصاحب لغة إذ هي في اللغة تعم القليل والكثير كالزيادة فإنها توصف بالقلة وبالكثرة فيكون الصاحب كل من لقي ولو قليلا . وبحثنا في الصحابي بياء النسب فلا يتأتى فيه ذلك لأن العرف والشرع خصه لملازم طويل الصحبة فقد تقرر في عرف اللغة عدم استعمال هذه التسمية إلا فيمن كثرت صحبته ، والعرف مقدم على اللغة ، ولتقدمه على اللغة يتبادر منه عند إطلاقه هذا المعنى العرفي .

(جـ) أما علماء الأصول فقال جمهورهم : الصحابي ، مسلم طالت صحبته مع النبي صلى الله عليه وسلم متبعا إياه مدة يثبت معها إطلاق صاحب عليه عرفا بلا تحديد .

فقولهم : « بلا تحديد » إجتنابا لقول البعض الصحابي هو : من أقام

---

(١) سورة الجن . آية ٣ .

(٢) المعجم الوسيط جـ ١ ص ٥٠٧ .

(٣) مقدمة ابن الصلاح في علوم الحديث ص ١٤٦ .

مع الرسـول صلى اللّـه عليه وسلـم سنـة أو سنتـين ، وغـزا معــه غزوة أو غزوتين »[١] .

ففي هذا التعريف ضيق أو أنه غير جامع كما يقول المناطقـة ، لأنـه يوجب أن لا يعد من الصحابة جرير بن عبد اللّه البجلي ومن شاركه في انتفاء هذا الشرط ، فقد حكى صاحب الإستيعاب عن جرير قوله : « أسلمت قبل موت رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم بأربعين يوما »[٢] وقد عده الكثير من أصحاب السير من الصحابة[٣] .

ثم إن العرف واللغة لم يحددا طول الصحبة بحد معين ، ومقتضى هذا أنا لا نسلم بهذا الشرط ونطمئن إلى تعريف الجمهور ، وإن كان قد خلا من قيد : « ومات على الإسلام » فإن هذا القيد إتفاقي بين العلماء ، لا يؤثر في التعريف خلوه عنه ، فضلا عن ذلك فإن من ذكره أراد به » أن لا يظهر الكفر في حياته[٤] .

طريق معرفة الصحابي :

لمعرفة الصحابي طرق أربعة :

الأول : أن يعرف أنه صحابي بطريق التواتر . كالخلفـاء الراشـدين وغيرهم .

الثاني : الإستفاضة أو الشهرة القاصرة عن التواتر بأن هذا صحابي .

الثالث : أن يروى عن آحاد الصحابة أنه صحابي

الرابع : أن يعرف أنه صحابي بقوله وأخبـاره عن نفســه بعـد ثبـوت عدالته بأنه صحابي[٥] .

مميزات الصحابة :

للصحابة بأسرهـم خصـائص ومميزات يتميزون بهـا عن سائـر الأمـة الاسلامية :

---

(١) المرجع السابق ، فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت جـ ٢ ص ١٥٨ .

(٢) الإستيعاب في معرفة الأصحاب جـ ١ ص ٢٣٧ .

(٣) فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت جـ ٢ ص ١٥٨ .

(٤) تيسير التحرير شرح التحرير لأمير بادشاه جـ ٣ ص ٦٧ ،

(٥) مقدمة إبن الصلاح في علوم الحديث ص ١٤٦ .

أولا : أنه لا يسأل عن عدالة أحد منهم ، بل ذلك أمر مفروغ منه ، لكونهم على الإطلاق معدلين بنصوص الكتاب والسنة وإجماع من يعتد به في الإجماع من الأمة .

أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿كنتم خير أمة أخرجت للناس . . الآية﴾[1] قيل إتفق المفسرون على أنه وارد في أصحاب رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم . وقال تعالى : ﴿وكذلك جعلنا كم أمة وسطا لتكونوا شهداء على الناس﴾[2] وهذا خطاب مع الموجودين حينئذ . وقال : سبحانه وتعالى : ﴿محمد رسول اللّه والذين معه أشداء على الكفار . . الآية﴾[3] .

وأما السنة الشاهدة بذلك فكثيرة: منها حديث أبي سعيد المتفق على صحته أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لا تسبوا أصحابي. فوالذي نفسي بيده، لو أن أحدكم أنفق مثل أحد ذهبا ما أدرك مد أحدهم ولا نصيفه[4]» .

وأما الإجماع : فإن الأمة مجمعة على تعديل جميع الصحابة ومن لابس الفتن منهم .

وكذلك إجماع العلماء الذين يعتد بهم في الإجماع إحسانا للظن بهم ونظرا إلى ما تمهد لهم من المآثر[5] .

ثانيا : أن الصحابة أفقه الأمة ، وأصفاهم ذهنا لمشاهدتهم التنزيل ، ومعرفة مقاصد الرسول صلى اللّه عليه وسلم ، وأن رأيهم لذلك هو الرأي المحمود ، وأن غيرهم لا يساويهم ، ولا يدنو منهم .

ثالثا : شرفهم اللّه جل وعلا بموافقة القرآن لبعضهم في رأيه ، كما رأى

---

(١) سورة آل عمران آية ١١٠ .
(٢) سورة البقرة آية ١٤٣ .
(٣) سورة الفتح آية ٢٩ .
(٤) رواه أحمد والشيخان ، وأبو داود والترمذي ، عن أبي سعيد الخدري ، أنظر كشف الخفاء ، ومزيل الإلباس للعجلوني جـ ٢ ص ٣٥٢ .
(٥) أنظر مقدمة إبن الصلاح ص ١٤٦ ، وما بعدها ، وانظر المستصفى للغزالي جـ ١ ص ١٦٤ .

عمر في أسارى بدر أن تضرب أعناقهم ، فنزل القرآن بموافقته ، ورأى أن يتخذ من مقام إبراهيم مصلى ، فنزل القرآن بموافقته ، وقال لنساء النبي صلى اللّه عليه وسلم لما اجتمعن في الغيرة عليه : ﴿عسى ربه إن طلقكن أن يبدله أزواجا خيرا منكن مسلمات مؤمنات﴾ فنزل القرآن بموافقته ، ولما توفي عبد اللّه بن أبي بن سلول قام رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم ليصلي عليه وأراد عمر أن يمنع الرسول صلى الله عليه وسلم من ذلك فأنزل اللّه عليه : ﴿ولا تصلِّ على أحد منهم مات أبدا ولا تقم على قبره﴾[1] .

وحقيق بمن كانت آراؤهم بهذه المنزلة أن يكون رأيهم لنا خيرا من رأينا لأنفسنا ، وأن يكونوا قدوة لنا في سلوكهم ونهجهم وقولهم وقد قيل من سار على الدرب وصل .

حجية مذهب الصحابي

تحرير محلي النزاع :

قال الآمدي : « إتفق الكل على أن مذهب الصحابي في مسائل الإجتهاد لا يكون حجة على غيره من الصحابة المجتهدين ، إماماً كان ، أو حاكما ، أو مفتيا »[2] .

وعلى هذا فلا خلاف في كونه حجة على العوام مطلقا سواء في عصره أو في غير عصره من العصور المتأخرة .

ولا يكون مذهب الصحابي حجة بالاتفاق ، إذا ظهر رجوعه عنه ، أو خالفه فيه غيره ، أو كان فيما تعم به البلوى وتقع الحاجة للكل ، قال صاحب المسلم وشارحه : والنزاع فيما لم يعم بلواه ، وأما فيما عم البلوى به وورد قول الصحابي مخالفا لعمل المبتلين لا يجب الأخذ به بالاتفاق[3] .

وليس من محل النزاع ما إذا قال الصحابي قولا وانتشر ، ولم ينكر ،

---

(١) آية ٨٤ من سورة التوبة ، وانظر إعلام الموقعين جـ ١ ص ٩١ ، وما بعدها .

(٢) الإحكام للآمدي جـ ٤ ص ١٤٩ ، حاشية الشيخ بخيت المطيعي على شرح الأسنوي للمنهاج للبيضاوي جـ ٤ ص ٤٠٧ ، شرح الكوكب المنير ص ٣٨٦ .

(٣) فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت ٢ / ١٨٦

فإنه يكون إجماعا سكوتيا . أو كان قوله مما لا مجال للرأي فيه ، كالذي روى عن علي كرم الله وجهه أنه صلى في ليلة ست ركعات في كل ركعة ست سجدات ، فإن هذا حجة بالإتفاق وإن كانوا قد اختلفوا في حمله على التوقيف قال الفتوحي : « يكون قول الصحابي المحمول على التوقيف حجة على صحابي عندنا »[1] .

ومن العلماء من استثنى الصحابي المعروف بالأخذ من الإسرائيليات[2] .

كذلك ليس من محل النزاع مذهب الصحابي الذي يعضده دليل من الكتاب ، أو السنة ، أو الإجماع : لأن الحجة حينئذ فيما عضده من تلك الأدلة .

وإنما الخلاف في مذهب الصحابي العاري عن كل ما سبق ، وكان في حادثة شرعية ، ووصل إلينا بطريق صحيح . فهل يكون حجة على مجتهدي التابعين ومن بعدهم أم لا ؟ للعلماء في ذلك أقوال :

أقوال العلماء

للعلماء في حجية مذهب الصحابي وعدم حجيته أقوال كثيرة ترجع في حقيقة الأمر إلى ثلاثة أقوال :

القول الأول : أنه حجة مطلقا وهو قول أئمة الحنفية ، ومذهب الإمام مالك[3] . وقول الإمام الشافعي في القديم ، وفي الجديد أيضا كما سيأتي ، وظاهر الروايتين عن الإمام أحمد ، والتي رجحها ابن القيم[4] .

---

(١) شرح الكوكب المنير ص ٣٨٦ ، الآيات البينات جـ ٤ ص ١٩٤ ، حاشية العطار على جمع الجوامع جـ ٢ ص ٣٩٦

(٢) أصول مذهب الإمام أحمد لمعالي الدكتور عبد الله التركي بالإحالة على أصول الفقه للشنقيطي صـ ١٦٥ .

(٣) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي جـ ٣ ص ٢١٧ .

(٤) رجح ابن القيم هذه الرواية حيث قال بصدد ذكر الأدلة التي اعتمد عليها الإمام أحمد : « فإنه إذا وجد لبعضهم فتوى لا يعرف له مخالف منهم فيها لم يعدها إلى غيرها ، ولم يقل إن ذلك إجماع ، بل من ورعه في العبارة يقول : لا أعلم شيئا يدفعه ، إلى أن قال : وإذا وجد الإمام=

القول الثاني : أنه ليس بحجة ونسب إلى الإمام الشافعي في الجديد[1] ، والرواية الثانية المرجوحة عن الإمام أحمد ، وهو اختيار الغزالي والآمدي وابن الحاجب ومذهب المعتزلة[2] والشيعة[3] .

القول الثالث : قول المفصلين :

فمن العلماء من قال : إنه حجة إذا خالف القياس . ومنهم من قال : إنه حجة إذا وافق القياس إلا أن هؤلاء اختلفوا فقال بعضهم : الحجة في القياس : وقال البعض الآخر : الحجة في قوله[4] .

وقال قوم : الحجة قول الخلفاء الراشدين ، وقال قوم : الحجة قول أبي بكر وعمر دون غيرهما[5] .

كانت هذه أقوال العلماء في حجية مذهب الصحابي ، وإليك الأدلة مكتفين بذكر أهمها :

أدلة القائلين بأنه حجة مطلقا ، وقد استدلوا بالنقل والعقل .

أولا : أدلتهم من النقل : قوله تعالى : ﴿ كنتم خير أمة أخرجت للناس

= أحمد هذا النوع من الصحابة لم يقدم عليه عملا ولا رأيا ، ولا قياسا » أنظر إعلام الموقعين جـ ١ ص ٣٠ وما بعدها .

وقال في مقام آخر : « وإن لم يشتهر قوله ، أو لم يعلم هل اشتهر أم لا ؟ فاختلف الناس هل يكون حجة أم لا ؟ فالذي عليه جمهور الأمة أنه حجة إلى أن قال وهو منصوص الإمام أحمد في غير موضع عنه واختيار جمهور أصحابه » أنظر إعلام الموقعين جـ ٤ ص ١٢٠ وانظر المدخل إلى مذهب أحمد ص ١٩ ، القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام ص ٢٩٥ ، شرح الكوكب المنير ص ٣٨٦ .

(١) نفى ابن القيم هذه النسبة فقال : « فإنه لا يحفظ عنه في الجديد حرف واحد أن قول الصحابي ليس بحجة ، وغاية ما يتعلق به من نقل ذلك أنه يحكي أقوالا للصحابة في الجديد ثم يخالفها ، ولو كانت عنده حجة لم يخالفها ، وهذا تعلق ضعيف جدا ، فإن مخالفة المجتهد الدليل المعين لما هو أقوى في نظره منه لا يدل على أنه لا يراه دليلا من حيث الجملة بل خالف دليلا أرجح عنده منه » أنظر إعلام الموقعين جـ ٤ ص ١٢٠ وانظر ما بعدها لترى ابن القيم كيف دعم رأيه بأدلة لا تقبل الشك .

(٢) إرشاد الفحول ص ٢٤٣ ، أصول البزدوي جـ ٣ ص ٢١٧ .

(٣) أصول الاستنباط للسيد تقي الحيدري ص ٢٦٧ وما بعدها .

(٤) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي جـ ٣ ص ٢١٧ .

(٥) روضة الناظر لابن قدامة جـ ١ ص ٤٠٤

تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر﴾[1] .

قالوا : هو خطاب مع الصحابة بأن ما يأمرون به معروف ، والمعروف يجب القول به ، فإن قيل : الآية خطاب لجميع الصحابة ، ولا يلزم من كون قول جميعهم حجة ، أن يكون قول الواحد حجة .

قلنا : الحجية ثبتت للصحابة بتعديل اللّه تعالى لهم ، ومن عدَّله اللّه تعالى لا يقبل العقل مخالفة قوله .

وقوله تعالى : ﴿ والسابقون الأولـون من المهاجـرين والأنصـار الـذين اتبعوهم بإحسان رضي اللّه عنهم ورضوا عنه﴾[2] .

قالوا : مدح اللّه سبحانه وتعالى الصحابة والتابعين لهم بإحسان ، وإنما استحق التابعون لهم هذا المدح ، لأنهم اتبعوهم في كل شيء سواء من حيث الرجوع إلى الكتاب أو السنة أو اجتهادهم أو الإقتداء بهم ، لأن الإتباع يجب حمله على فرده الكامل ، وهذا يكون بالاقتداء بهم في كل شيء من غير مخالفة لهم .

قال ابن القيم في وجه الإحتجاج بهذه الآية : إن اللّه تعالى أثنى على من اتبعهم فإذا قالوا قولا ، فاتبعهم متبع فيه ، قبل أن يعرف صحته ، فهو متبع لهم ، فيجب أن يكون محمودا على ذلك ، وأن يستحق الرضوان ، ولو كان اتباعهم تقليدا محضا كتقليد بعض المفتين لهـم لم يستحـق من إتبعهـم الرضوان إلا أن يكون عاميا ، فأما العلماء المجتهدون ، فلا يجوز لهم اتباعهم حينئذ »[3] .

وأشد ما قيل في وجه الإستدلال : أن الآية نص في اتباع السابقين ، وهم الذين صلوا إلى القبلتين ،أو هم أهل بيعة الرضوان ومن قبلهـم ، فما الدليل على اتباع من أسلم بعد ذلك .

وأجيب : بأنه إذا ثبت وجوب إتباع أهل بيعة الرضوان ، فهـو أكبـر

---

(١) سورة آل عمران آية ١١٠ .

(٢) سورة التوبة آية ١٠٠ .

(٣) أنظر إعلام الموقعين جـ ٤ ص ١٢٣ وما بعدها ، فقد ذكر ستة وأربعين دليلا على حجيته .

المقصود . حيث لا قائل بالفرق ، وكل الصحابة سابق بالنسبة إلى من بعدهم[1] .

ومن السنة : إستدلوا بقوله صلى اللّه عليه وسلم : أنه قال : « خير الناس قرني ، ثم الذين يلونهم ، ثم الذين يلونهم »[2] ، وبقوله صلوات اللّه وسلامه عليه « أصحابي كالنجوم فبأيهم إقتديتم إهتديتم »[3] .

فهذه النصوص تدل على أن الصحابة خير القرون ، وإذا كانوا خير القرون كان الحق معهم لا مع غيرهم ، وهذا واضح في إيجاب الإقتداء بهم ، ولا يجوز حمل الإقتداء بهم على العامة لما فيه من تخصيص العموم من غير مخصص ، ولما يترتب عليه من إبطال فائدة تخصيص الصحابة بذلك ، حيث إن الإتفاق واقع على جواز تقليد العامة لغير الصحابة من المجتهدين ، فلم يبق إلا أن يكون المراد وجوب إتباع مذاهبهم وهذا ما ندعيه .

ثانيا : من المعقول قالوا : إن فتوى الصحابي لا تخرج عن ستة أوجه :

أحدها : أن يكون سمعها من النبي صلى اللّه عليه وسلم .

الثاني : أن يكون سمعها ممن سمعها منه صلى اللّه عليه وسلم .

الثالث : أن يكون فهمها من آية من كتاب اللّه فهما خفي علينا .

الرابع : أن يكون قد اتفق عليها ملؤهم ولم ينقل إلينا إلا قول المفتي بها وحده .

الخامس : أن يكون لكمال علمه باللغة ودلالة اللفظ على الوجه الذي انفرد به عنا ، أو لقرائن حالية إقترنت بالخطاب ، أو لمجموع أمور فهموها على طول الزمان من رؤية النبي صلى اللّه عليه وسلم ومشاهدة أفعاله وأحواله وسيرته وسماع كلامه والعلم بمقاصده وشهود تنزيل الوحي ومشاهدة تأويله بالفعل فيكون فهم ما لانفهمه نحن .

---

(١) المرجع السابق جـ ٤ ص ١٢٩ :

(٢) الحديث متفق عليه عن ابن مسعود رضي اللّه عنه مرفوعا ، أنظر كشف الخفاء ومزيل الالباس للعجلوني جـ ١ ص ٣٩٦ .

(٣) رواه البيهقي وأسنده الديلمي عن إبن عباس رضي اللّه عنهما بلفظ : أصحابي بمنزله النجوم في السماء بأيهم إقتديتم إهتديتم « أنظر كشف الخفاء جـ ١ ص ١٣٢ » .

وعلى هذه الوجوه الخمسة تكون فتواه حجة يجب إتباعها .

السادس : أن يكون فهم ما لم يرده الرسول صلى اللّه عليه وسلم ، وأخطأ في فهمه ، والمراد غير ما فهمه ، وعلى هذا التقدير لا يكون قوله حجة ، ومعلوم قطعا أن وقوع إحتمال الظن من خمسة أغلب على الظن من وقوع إحتمال واحد معين ، هذا ما لا يشك فيه عاقل ، وذلك يفيد ظنا غالبا قويا على أن الصواب في قوله دون ما خالفه من أقوال من بعده ، وليس المطلوب إلا الظن الغالب والعلم به متعين[1] .

أدلة القائلين بالتفصيل :

إستدل من قال إن الحجة في قول الخلفاء الراشدين دون غيرهم بما رواه الترمذي من حديث العرباض بن سارية قال : وعظنا رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم موعظة بليغة ذرفت منها العيون ، ووجلت منها القلوب ، فقال قائل : يا رسول اللّه كأنها موعظة مودع ، فماذا تعهد إلينا ؟ فقال : « عليكم بالسمع والطاعة وإن تأمَّر عليكم عبد حبشي كأن رأسه زبيبة ، وعليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين المهديين من بعدي ، تمسكوا بها وعضوا عليها بالنواجذ ، وإياكم ومحدثات الأمور ، فإن كل محدثة بدعة ، وكل بدعة ضلالة » وهذا حديث حسن ، إسناده لا بأس به ، فقرن سنة خلفائه بسنته وأمر باتباعها كما أمر باتباع سنته ، وبالغ في الأمر بها حتى أمر بأن يعض عليها بالنواجذ . وهذا يتناول ما أفتوا به وسنوه للأمة ، وإن لم يتقدم من نبيهم فيه شيء ، وإلا كان ذلك سنته ، ويتناول ما أفتى به جميعهم أو أكثرهم أو بعضهم لأنه علق ذلك بما سنه الخلفاء الراشدون ، ومعلوم أنهم لم يسنوا ذلك (وهم خلفاء) في آن واحدة فعلم أن ما سنه كل واحد منهم في وقته فهو من سنة الخلفاء الراشدين ، رواه الإمام أحمد في مسنده من حديث عبد الرحمن بن مهدي عن معاوية بن صالح عن ضمرة بن حبيب عن عبد الرحمن بن عمرو السلمي سمع العرباض بن سارية فذكر نحوه[2] .

---

(١) أنظر إعلام الموقعين جـ ١ ص ١٤٨ .

(٢) اعلام الموقعين جـ ٤ ص ١٣٩ وما بعدها .

واستدل من قال إن الحجة في قول أبي بكر وعمر دون غيرهما بقوله عليه الصلاة والسلام : « إقتدوا باللذين من بعدي أبي بكر وعمر »[1] .

واستدلوا أيضا بقوله صلى اللّه عليه وسلم « إن يطع القوم أبا بكر وعمر يرشدوا » وهو في حديث المضأة الطويل ، فجعل الرشد معلقا بطاعتهما ، فلو أفتوا بالخطأ في حكم وأصابه من بعدهم لكان الرشد في خلافهما[2] .

واستدل من قال إنه حجة إذا خالف القيلس : بأن الصحابي إذا قال قولا يخالف القياس : فإما أن لا يكون له فيما قال مستند ، أو يكون : لا جائز أن يقال بالأول ، وإلا كان قائلا في الشريعة بحكم لا دليل عليه وهو محرم إجماعا ، وحال الصحابي العدل ينافي ذلك ، وإذا فلا بد وأن هناك مستندا لقوله ، ولا مستند وراء القياس سوى النقل ، لأن الظاهر من حال الصحابي المجتهد العدل أن لا يخالف القياس بلا دليل يصلح مأخذا للحكم الشرعي فكان حجة متبعة ، وإحتمال أن يكون قد ظن غير الحجة حجة لا يدفع الظهور[3] .

قال ابن القيم بصدد الإستدلال لهذا القول : « إنه حجة وإن خالف القياس ، بل هو مقدم على القياس ،والنص مقدم عليه ، فترتيب الأدلة عنده : القرآن ثم السنة ، ثم قول الصحابي ، ثم القيلس[4] » .

واستدل من قال إنه حجة إن وافق القياس وقد ذكرنا أن من هؤلاء من قال إن الحجة في قول الصحابي ، لأن احتمال السماع والتوقيف في قول الصحابي ثابت ، بل الظاهر الغالب من حاله أنه يفتي بالخبر ، ولا يلجأ للقياس إلا عند الضرورة ، فلما وجد الأمر إن قول الصحابي ، والقياس ، دل على ذلك على أن الصحابي إنما قال هذا القول عن دليل ، وإلا اكتفى

(١) أخرجه الترمذي عن حذيفة وأبي هريرة رضي اللّه عنهما وقال : حديث حسن أنظر صحيح الترمذي جـ ٥ ص ٢٧١ .

(٢) أنظر اعلام الموقعين جـ ٤ ص ١٤٠ وما بعدها .

(٣) الإحكام للآمدي جـ ٤ ص١٥٣ وما بعدها وشرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ ٢ ص ٢٨٨ .

(٤) إعلام الموقعين جـ ٤ ص١٥٦ .

بالقياس ، فكان عدم اكتفائه بالقياس دليل على أن قوله يستند إلى دليل فيكون حجة .

وأن منهم من قال إن الحجة في القياس لا في قوله قال الماوردي : « فأما كونه حجة تلزم العمل بها ، فمعتبر بما يوافقه من قياس أو يخالفه - إلى أن قال - أن يكون القياس موافقا لقول الصحابي فيكون قول الصحابي حجة بالقياس[1] .

ومن هنا يتضح أن قول هؤلاء ، الأولى أن يكون ملحقا بقول من قال بعدم حجيته لاتحاده في جوهره مع قولهم لكنا أفردناه بالذكر لبيان حقيقته عندهم وأنه لا يكون حجة بنفسه .

أدلة القائلين بعدم حجيته :

أولا : قوله تعالى :﴿فاعتبروا يا أولي الأبصار﴾[2] أمر من اللّه تعالى لأولي الأبصار ، وهم أهل الإجتهاد ، بالإعتبار وهو الإجتهاد ، الذي هو البحث عن الدليل ، وذلك ينافي التقليد ، وهو الأخذ بقول الغير من غير حجة ، وكون مذهب الصحابي حجة على غيره من مجتهدي التابعين ، يلزم منه تقليده وهذا تعطيل للآية الكريمة ، ويترتب عليه ، جواز تقليد المجتهد المتمكن من تحصيل الحكم لغيره وهذا باطل إتفاقا .

وقد أجيب : إن القول بحجيته لا يمنع الإجتهاد ، لأن مذهب الصحابي لا يكون حجة إلا بعد البحث والإستقصاء عن عدم وجود المعارض له من الكتاب أو السنة أو الإجماع وهذا هو الإجتهاد . قال صاحب المسلم وشارحه : « إذا كان مذهبه حجة فمن مأخذ الحكم يأخذه فلا تقليد إذ أخذ الحكم من الحكم ليس تقليدا »[3] .

ثانيا : قوله تعالى : ﴿ فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى اللّه والرسول﴾[4]

---

(١) أدب القاضي للماوردي جـ ١ ص ٤٦٨ .

(٢) سورة الحشر آية ٢ .

(٣) أنظر مسلم الثبوت مع شرحه فواتح الرحموت جـ ٢ ص ١٨٧

(٤) سورة النساء آية ٥٩ .

فقد أوجب اللّه سبحانه وتعالى الرد عند الإختلاف في الحكم إلى اللّه والرسول ، فالرد إلى مذهب الصحابي يكون تركاً للواجب وهو ممتنع[1] .

ويمكن القول بأننا عند الإختلاف رجعنا إلى الكتاب والسنة فوجدنا فيهما الأمر بالإقتداء بهم والثناء على من اتبعهم كما سبق توضيحه .

ثالثا : قالوا إن الصحابة غير معصومين عن الخطأ كسائر المجتهدين ، فقولهم يكون مترددا بين الخطأ والصواب ومحتملا لهما كقول غيرهم من التابعين المجتهدين ، ويدل على ذلك إختلافهم كما في مسائل : الجد مع الإخوة وقول القائل ، أنت علي حرام ، وغيرها ، فلو كان مذهب الصحابي حجة ، لكانت حجة اللّه متناقضة مختلفة[2] .

وأجيب بأن احتمال الخطأ في أقوالهم مرجوح وصوابهم هو الراجح ولا شك أن العمل بالراجح واجب شرعا . قال شارح المسلم : « ولك أن تقرر الجواب بأن بركة الصحبة والتخلق بالأخلاق النبوية توجب ظن إصابة الحق وعدم الخطأ في رأيهم فيكون مذهبهم حجة لكونه مطابقا لما عند اللّه من الحكم وهذا ليس ببعيد[3] »

وأما اختلافهم الذي يترتب عليه التناقض فلم يرتض شارح المسلم جواب بعض قومنا بأنه منقوض بخبر الواحد وقال : « والجواب أنه لا تناقض ها هنا أيضا لأن إصابة الحق كان أكثريا فإذا تخلف فالحق في قول أحدهما في نفس الأمر ، لكن لجهلنا به ـ أي بالتاريخ ـ وعدم الأولوية وقع التعارض ظاهرا فلا يلزم التناقض »[4] .

رابعاً : قالوا : إن قول الصحابي لو كان حجة ، لكان لكونه أعلم وأفضل من غيره لمشاهدته التنزيل وسماعه التأويل ووقوفه على أحوال النبي صلى اللّه عليه وسلم ، ومراده من كلامه ، ولو كان كذلك لكان قول الأعلم

(١) الإحكام للآمدي جـ ٤ ص ١٤٩ .
(٢) المستصفى جـ ١ ص ٢٦٢ ، شرح الأسنوي على المنهاج جـ ٣ ص ١٤٤ .
(٣) فواتح الرحموت مسلم الثبوت جـ ٢ ص ١٨٦ .
(٤) نفس المرجع .

الأفضل حجة على من دونه سواء كان صحابيا أم غيره لوجود العلة نفسها ، والأمر بخلاف ذلك ، إذ ليس للمجتهد تقليد من هو أفضل منه وأعلم[1] .

والجواب أنا لا نسلم أنه لا يصلح للعلية الأعلمية والأفضلية بل العلة ظن السماع من صاحب الشرع وفهم مراده بمشاهدة القرائن لما علم من عادتهم الشريفة الفتوى بالنص إلا نادراً والظن يتبع الأغلب .

وبعد هذا العرض يبدو أن القـول بحجيتـه هو الأرجـح ، وأن قول المفصل ما هو إلا إقرار بجزء الدعوى في بعض الأقوال ونفي لباقيها في البعض الآخر ، وكان الأولى إلحاقه بقول النـافي ، وان قول النـافي يحتـاج إلى دليل يؤ يده ، وإن كنا قد اقتصرنا على بعض أدلته ، لأنا اكتفينا بذكر أهمها ، وما بقي منها أعرضنا عن ذكره لعدم جدواه والله الموفق .

(١) أنظر شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ ٢ ص ٣٨٧

البحث الخامس

في

عمل أهل المدينة



عمل أهل المدينة

إجماع أهل المدينة أي إتفاق أهل المدينة ، قال جمهور العلماء : إجماع أهل المدينة ليس بحجة ، لأنهم بعض الأمة ، والإجماع الحجة هو إتفاق الجميع ، وقد ثبت ذلك بالأدلة الدالة على حجية الإجماع ، فضلا عن أنها متناولة لأهل المدينة وغيرهم[1] .

وذهب الإمام مالك ـ رحمه اللّه ـ إلى أنه حجة ، حيث صرح بذلك في رسالته التي أرسلها إلى الليث بن سعد بمصر ، ولقد جاء فيها : من مالك بن أنس إلى الليث بن سعد ، سلام عليكم ، فإني أحمد اللّه الذي لا إله إلا هو .

أما بعد :

عصمنا اللّه وإياك بطاعته في السر والعلانية ، وعافانا وإياكم من كل مكروه .

واعلم رحمك اللّه أنه بلغني أنك تفتي الناس بأشياء مختلفة ، مخالفة لما عليه الناس عندنا وببلدنا الذي نحن فيه ، وأنت في أمانتك وفضلك ومنزلتك من أهل بلدك ، وحاجة من قبلك إليك ، واعتادهم على ما جاء منك ، حقيق

(١) الإحكام للآمدي جـ ١ ص ٢٤٣

بأن تخاف على نفسك ، وتتبع ما نرجو النجاة باتباعه ، فإن اللّه تعالى يقول في كتابه : ﴿ والسابقون الأولون من المهاجرين والأنصار[1] ﴾ الآية ، وقال تعالى : ﴿ فبشر عبادِ الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه[2] ﴾ الآية فإنما الناس تبع لأهل المدينة ، إليها كانت الهجرة ، وبها تنزل القرآن ، وأحل الحلال وحرم الحرام ، كان رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم بين أظهرهم ، يحضرون الوحي والتنزيل ، ويأمرهم فيطيعونه ، ويسن لهم فيتبعونه ، حتى توفاه اللّه ، واختار له ما عنده ، صلوات اللّه عليه ورحمته وبركاته .

ثم قام من بعده الناس من أمته ، فمن ولي الأمر من بعده ، بما نزل بهم ، فما علموا أنفذوه ، وما لم يكن عندهم فيه علم سألوا عنه ، ثم أخذوا بأقوى ما وجدوا ذلك في اجتهادهم وحداثة عهدهم ، وإن خالفهم مخالف ، أو قال امرؤ غيره أقوى منه وأولى ، ترك قوله وعمل بغيره . ثم كان التابعون من بعدهم يسلكون تلك السبيل ، ويتبعون تلك السنن ، فإذا كان الأمر بالمدينة ظاهراً معمولا به ، لم أر لأحد خلافه ، للذي بين أيديهم من تلك الوراثة التي لا يجوز انتحالها ولا ادعاؤها ، ولو ذهب أهل الأمصار يقولون : هذا العمل ببلدنا ، وهذا الذي مضى عليه من مضى منا ، لم يكونوا من ذلك على ثقة ، ولم يكن لهم من ذلك الذي جاز لهم .

فانظر رحمك اللّه بما كتبت إليك لنفسك ، واعلم أني ألا يكون دعاني إلى ما كتبت به إليك إلا النصيحة للّه وحده ، والنظر لك والضن بك ، فأنزل كتابي منزلته ، فإنك إن علمت تعلم أني لم آلك نصحا ، وفقنا اللّه وإياك لطاعته وطاعة رسوله في كل أمر ، وعلى كل حال والسلام عليكم ورحمة اللّه وبركاته[3] .

تحرير المراد بإجماع أهل المدينة :

---

(١) سورة التوبة آية ١٠٠

(٢) سورة الزمر آية ١٧ ، ١٨

(٣) تاريخ الفقه الإسلامي للدكتور محمد يوسف موسى ص ٢٠٣ وما بعدها بالإحالة على كتاب ترتيب المدارك للقاضي عياض جـ ٣٤ .

إختلف أصحاب الإمام مالك في المراد من ذلك ، فقد حكى الشوكاني عنهم ذلك فقال :

قال الباجي : إنما أراد بإجماع أهل المدينة فيما كان طريقه النقل المستفيض ، كالصاع والمد ، والأذان والإقامة ، وعدم وجوب الزكاة في الخضروات مما تقتضي العادة بأن يكون في زمن النبي صلى اللّه عليه وسلم فإنه لو تغير عما كان عليه لعلم ، فأما مسائل الإجتهاد فهم وغيرهم سواء ، وحكاه القاضي في التقريب عن شيخه الأبهري .

وقيل المراد أن يرجح نقلهم عن نقل غيرهم ، وقد أشار الشافعي إلى هذا في القديم ورجح رواية : وحكى يونس بن عبد الأعلى قال : قال الشافعي : إذا وجدت متقدمي أهل المدينة على شيء فلا يدخل في قلبك شك أنه الحق ، وكلما جاءك شيء غير ذلك فلا تلتفت إليه ولا تعبأ به[1] .

وقيل المراد إتفاق الصحابة ، وقيل زمن الصحابة والتابعين وهو الذي صرح به ابن الحاجب[2] وقيل زمن الصحابة والتابعين وتابعيهم حكاه القاضي في التقريب وابن السمعاني[3] .

وقال القاضي عبد الوهاب : إجماع أهل المدينة ضربان : نقلي ، وإستدلالي :

فالنقلي ثلاثة أضرب :

أحدها : نقل شرع مبتدأ من جهة النبي صلى اللّه عليه وسلم من قول ، كنقلهم الصاع والمد ، والأذان والإقامة ، والأوقات والأخبار ونحوه .

ثانيها : نقل ذلك من فعل كعهدة الرقيق .

ثالثها : نقل ذلك من إقرار ، كتركهم أخذ الزكاة من الخضروات مع

---

(١) إرشاد الفحول للشوكاني ص ٨٢ .

(٢) مختصر إبن الحاجب بشرح العضد جـ ٢ ص ٣٥ .

(٣) التقرير والتحبير جـ ٣ ص ١٠٠ .

أنها كانت تزرع بالمدينة ، وكان النبي صلى اللّه عليه وسلم ، والخلفاء بعده لا يأخذون منها .

قال : وهذا النوع حجة يلزم عندنا المصير إليه ، وترك الأخبار والمقاييس به لا اختلاف بين أصحابنا فيه .

والثاني : وهو إجماعهم من طريق الإستدلال أي الإجتهاد ، فاختلف أصحابنا فيه على ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه ليس بإجماع ولا بمرجح ، وهو قول أبي بكر ، وأبي يعقوب الرازي ، والقاضي أبي بكر ، وابن فورك ، والطيالسي ، وأبي الفرج ، والأبهري ، وأنكر القاضي عبد الوهاب كونه مذهبا لمالك .

ثانيها : أنه مرجح ، وبه قال أصحاب الشافعي .

ثالثها : أنه حجة ، وإن لم يحرم خلافه ، وإليه ذهب قاضي القضاة الحسين بن عمر .

قال أبو العباس القرطبي : أما الضرب الأول : فينبغي أن لا يختلف فيه لأنه من باب النقل المتواتر ، ولا فرق بين القول والفعل والإقرار ، إذ كل ذلك نقل محصل للعلم القطعي ، فإنهم عدد كثير ، وجم غفير ، تحيل عليهم العادة التواطؤ على خلاف الصدق ، ولا شك أن ما هذا سبيله ، يكون أولى من أخبار الآحاد والأقيسة والظواهر .

وأما الضرب الثاني : فالأولى فيه أنه حجة إذا إنفرد ، ومرجح لأحد المتعارضين .

ودليلنا على ذلك : أن المدينة مأزر الإيمان ، ومنزل الأحكام ، والصحابة هم المشافهون لأسبابها ، الفاهمون لمقاصدها ، ثم التابعون نقلوها وضبطوها وعلى هذا فإجماع أهل المدينة ليس بحجة من حيث إجماعهم ، بل إما من جهة نقله المتواتر ، وإما من جهة مشاهدتهم الأحوال الدالة على مقاصد الشرع .

ثم قال ـ القاضي عبد الوهاب ـ وهذا الضرب الإستدلالي : إن عارضه خبر فالخبر أولى عند جمهور أصحابنا ، وصار كثير منهم إلى أنه أولى من الخبر بناء منهم على أنه إجماع ، وليس بصحيح ، لأن المشهود له بالعصمة إجماع كل الأمة لا بعضها[1]

وقد أحسن صنعا شيخ الإسلام ابن تيمية حين قرر أن إجماع أهل المدينة ، منه ما هو كالمتفق عليه . ومنه ما يقول به جمهورهم ، ومنه ما يقول به بعضهم ، فالمراتب أربع :

المرتبة الأولى : ما يجري مجرى النقل عن النبي صلى اللّه عليه وسلم ، كنقلهم لمقدار الصاع والمد وكترك صدقة الخضروات والأحباس ، فهذا حجة باتفاق العلماء .

أما الشافعي وأحمد وأصحابهما فهذا حجة عندهم بلا نزاع ، كما هو حجة عند مالك . وذلك مذهب أبي حنيفة وأصحابه .

المرتبة الثانية : العمل القديم بالمدينة قبل مقتل عثمان بن عفان رضي اللّه عنه . فهذا حجة في مذهب مالك ، وهو المنصوص عن الشافعي حيث قال في رواية يونس بن عبد الأعلى : إذا رأيت قدماء أهل المدينة على شيء فلا يدخل قلبك ريب أنه الحق ، وكذلك ظاهر مذهب أحمد ، أن ما سنه الخلفاء الراشدون فهو حجة يجب إتباعها ، والمحكي عن أبي حنيفة يقتضي أن قول الخلفاء الراشدين حجة . وما يعلم لأهل المدينة عمل قديم على عهد الخلفاء الراشدين مخالف لسنة رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم .

المرتبة الثالثة : إذا تعارض في المسألة دليلان ، كحديثين أو قياسين ، وجهل أيهما أرجح ، وأحدهما يعمل به أهل المدينة ففيه نزاع .

فمذهب مالك والشافعي أنه يرجح بعمل أهل المدينة ومذهب أبي حنيفة لا يرجح بعمل أهل المدينة .

ولأصحاب أحمد وجهان :

(١) إرشاد الفحول ص ٨٢

أحدهما : وهو قول القاضي أبي يعلى ، وابن عقيل ، أنه لا يرجح .

وثانيهما : وهو قول أبي الخطاب وغيره أنـه يرجـح به . قيل هذا هو المنصوص عن أحمد ، ومن كلامه قال : إذا رأى أهل المدينة حديثا وعملوا به فهو الغاية ، وكان يفتي على مذهب أهل المدينة ويقدمـه على مذهـب أهـل العراق .

المرتبة الرابعة : هو العمل المتأخـر بالمدينـة ، فهـذا : هل هو حجـة شرعية يجب اتباعه أم لا ؟

فالـذي عليه أئمـة النـاس ، أنـه ليس بحجـة شرعية . هذا مذهـب الشافعي وأحمد وأبي حنيفة وغيرهم ، وهو قول المحققين من أصحاب مالك ، كما ذكر ذلك الفاضل عبد الوهاب في كتابه أصول الفقه .

وغيره ذكر أن هذا ليس إجماعا ولا حجة عند المحققـين من أصحـاب مالك .

وربما جعله حجة بعض أهل المغرب من أصحابه ، وليس معه للأئمة نص ولا دليل ، بل هم أهل تقليد[1] .

واستبعد شيخ الإسلام ابن تيمية أن يكون لعمل المدينة بالمدينة حجة عند الإمام مالك يلزم الناس إتباعهـا حيث قال : ولـم أر في كلام مالك ما يوجب جعل هذا حجة ، وهو في الموطأ إنما يذكر الأصل المجمع عليه عندهم فهو يحكي مذهبهم ، وتارة يقول : الذي لم يزل عليه أهل العلم ، يشير إلى الإجماع القديم ، وتارة لا يذكر .

ويستدل على هذا بأن مالكا رحمه اللّه تعالى ، قد عرض عليه أن يحمل الناس على موطئه فامتنع من ذلك وقال : إن أصحاب رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم تفرقوا في الأمصار ، وإنما جمعت علم أهل بلدي ، فلو كان مالك

---

(١) مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ابن تيمية جـ ٢٠ ص ٣٠٦ ـ ص ٣١٠ بتصرف وقد ذكر هذه المراتب صاحب التقرير والتحبير جـ ٣ ص ١٠٠ ونسبها إلى بعض المحققين .

يرى أن عمل أهل المدينة المتأخر حجة يلزم الأمة أتباعها لوجب عليه أن يلزم الناس بذلك حد الإمكان ، كما يلزمهم إتباع الحديث والسنة الثابتة والإجماع ، ولما جاز له ترك المطالبة بذلك فضلا عن رفضه[1] :

ويؤكد هذا القاضي عياض في المدارك حيث قسم عمل أهل المدينة إلى ضربين ما طريقة النقل وما طريقة الإجتهاد ، فبعد أن ذكر أنواعا أربعة للضرب الأول الذي هو النقل قال : فهذا النوع من إجماعهم في هذه الوجوه حجة يلزم المصير إليه ، ويترك ما خالفه من خبر واحد أو قياس ، إذ هذا النقل محقق معلوم موجب للعلم القطعي ، فلا يترك لما توجبه غلبة الظن وإلى هذا رجع أبو يوسف وغيره من المخالفين ممن ناظر مالكا وغيره من أهل المدينة في مسألة الأوقاف ، والمد والصاع ، حين شاهد النقل وتحققه ، ولا يجوز لمنصف أن ينكر حجة هذا وهذا الذي عليه مالك عند أكثر شيوخنا ولا خلاف في صحة هذا الطريق ، وكونه حجة عند العقلاء ، وإنما خالف في تلك المسائل من غير أهل المدينة من لم يبلغه النقل الذي بها . . . ولا خلاف بين أصحابنا في هذا ، ووافق عليه الصيرفي وغيره من أصحاب الشافعي كما حكاه عنه الأحمدي ، وقد خالف بعض الشافعية عنادا[2] .

ويؤيد هذا أيضا ما حكاه مجد الدين أبو البركات عن ابن عقيل الحنبلي قوله : وعندي أن إجماعهم حجة فيما طريقه النقل ، وإنما لا يكون حجة في باب الإجتهاد لأن معنا مثل ما معهم من الرأي ، وليس لنا مثل ما معهم من الرواية : ولا سيما نقلهم فيما تعم به بلواهم ، وهم أهل نخيل وثمار ، فنقلهم مقدم على كل نقل ولا سيما في هذا الباب[3] .

وبعد هذا العرض يتبين أن إجماع أهل المدينة الذي أساسه النقل ، يكون حجة باتفاق علماء المالكية وغيرهم من سائر المذاهب الأخرى إذ أنه لا يخلو أن يكون خبرا متواترا أو مستفيضا ، فلا يعارضه خبر آحاد أو قياس .

أما عمل أهل المدينة الذي يكون أساسه الإجتهاد والإستنباط فللمالكية فيه ثلاثة أقوال :

---

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية جـ ٢٠ ص ٣٠٩ وما بعدها

(٢) الإمام مالك لأستاذنا المرحوم فضيلة الشيخ أبو زهرة ص ٤١ بالإحالة على المدارك .

(٣) المسودة لآل تيمية ص ٣٣٢ وما بعدها .

القول الأول : أنه ليس بحجة أصلا ، وأن الحجة إجماع أهل المدينة من طريق النقل ، ولا يرجح به أحد الإجتهادين على الآخر ، وهذا قول أبو بكر الأبهري ، ولقد أنكر هو ومن قال قوله أن يكون الإحتجاج به مذهبا لمالك رضي اللّه عنه أو لأحد من أصحابه .

القول الثاني : أنه ليس بحجة ، ولكنه يرجح به إجتهادهم على إجتهاد غيرهم وأخذ به بعض المالكية وبعض الشافعية .

القول الثالث : أن إجماعهم من طريق الإجتهاد حجة ، وذهب إليه بعض المالكية ، وقالوا إنه رأي مالك وقد سبق أن أثبتنا نفي ذلك ، وأخذ بهذا القول كل المغاربة من أصحاب مالك .

إحتج من قال بحجية إجماع أهل المدينة بالنقل والعقل :

أما النقل فقوله صلى اللّه عليه وسلم : « إن المدينة طيبة تنفي خبثها. كما تنفي الكير خبث الحديد »[1] قالوا : والخطأ من الخبث فكان منفيا على أهلها . فيكون قولهم صوابا لعصمتهم عن الخطأ ، وإذا كان صوابا كان حجة وهو المطلوب ،ثم أن الرسول صلى اللّه عليه وسلم قال : « إن الإسلام ليأزر[2] إلى المدينة كما تأزر الحية إلى جحرها »[3] .

وقال عليه الصلاة والسلام أيضا : « لا يكابد أحد أهل المدينة إلا إنماع[4] كما ينماع الملح في الماء »[5] .

وأجيب على هذا الدليل بأنه لا دلالة في ذلك على نفي الخبث عن غير المدينة ، ولا على اختصاص الإجماع المعتبر بهم ،وتخصيصها بالذكر لإظهار شرفها وفضلها ، ولا ينفي فضل غيرها ، ولا على اعتبار إجماع أهلها » فإن مكة مع فضائلها لم تدل على ذلك . إذ لا أثر للبقاع فيما نحن فيه ، وإنما العبرة للعلم والإجتهاد[6] .

---

(١) رواه البخاري جـ ٩ ص ٩٨ ، ومسلم جـ ٢ ص ١٠٠٦ .
(٢) يأزر ينضم إليها ويجتمع فيها .
(٣) رواه البخاري جـ ٣ ص ٢٧ ، مسلم جـ ١ ص ١٣١ ، ابن ماجه جـ ٢ ص ١٠٣٨ .
(٤) إنماع : سال وذاب .
(٥) أخرجه مسلم جـ ٢ ص ١٩٠٨ ، البخاري جـ ٣ ص ٢٧
(٦) حاشية الرهاوي على شرح المنار وحواشيه ص ٧٤٠

قال الغزالي : وربما احتجوا بثناء رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم على المدينة وعلى أهلها ، وذلك يدل على فضيلتهم وكثرة ثوابهم لسكناهم المدينة ولا يدل على تخصيص الإجماع بهم[1] .

وأما استدلالهم بالعقل فمن وجهين :

أحدهما : أن المدينة دار الهجرة ، ومهبط الوحي ، ومستقر الإسلام ، ومجمع الصحابة ، فلا يجوز أن يخرج الحق عن قول أصحابها .

والجواب أن هذا غايته إشتمال المدينة على صفات موجبة لفضلها ، وليس في ذلك ما يدل على انتفاء الفضيلة من غيرها ، ولا على الإحتجاج بإجماع أهلها ، ولهذا فإن مكة مشتملة على أمور موجبة لفضلها ، كالبيت الحرام ، والمقام ، وزمزم ، والحجر ، والمستلم ، والصفا ، والمروة ، ومواضع النسك ، وهي مولد النبي صلى اللّه عليه وسلم ومبعثه ، ومنزل إبراهيم ، ولم يدل ذلك على الإحتجاج بإجماع أهلها على مخالفيهم ، إذ لا قائل به ، وإنما الإعتبار بعلم العلماء ، واجتهاد المجتهدين ، ولا أثر للبقاع في ذلك[2] .

وثانيهما : أن أهل المدينة ، شاهدوا التنزيل ، وسمعوا التأويل وكانوا أعرف بأحوال الرسول صلى اللّه عليه وسلم من غيرهم ، فوجب أن لا يخرج الحق عنهم .

والجواب : أن ذلك لا يدل على انحصار أهل العلم فيها والمعتبرين من أهل الحل والعقد ، ومن تقوم الحجة بقولهم ، فإنهم كانوا منتشرين في البلاد ، متفرقين في الأمصار ، وكلهم فيما يرجع إلى النظر والإعتبار سواء ، ولهذا كانت الأدلة الدالة على حجية الإجماع عامة غير مختصة بموضع دون موضع لعدم تأثير المواضع في ذلك .

واحتج المانعون لحجية إجماع أهل المدينة :

بأن الأدلة الدالة على حجية الإجماع منوطة بإجماع كل المجتهدين من

---

(١) المستصفي للغزالي مع فواتح الرحموت جـ ١ ص ١٨٧

(٢) الإحكام للآمدي حـ ٣ ـ ص ٢٤٣ وما بعدها .

الأمة الإسلامية ، وقد أثبتت منحة اللّه تعالى لإجماع كل الأمة عصمتهم عن الخطأ ، ولم تثبت عصمة البعض عنه ، وأهل المدينة بعض الأمة لا كلها ، فكان قول الكل هو الحجة دون قول البعض .

قال الغزالي : فإن أراد مالك أن المدينة هي الجامعة لهم ـ للمجتهدين ـ فمسلم له ذلك لو جمعت ، وعند ذلك لا يكون للمكان فيه تأثير ، وليس بمسلم بل لم تجمع المدينة جميع العلماء ، لا قبل الهجرة ولا بعدها ، بل ما زالوا متفرقين في الأسفار والغزوات والأمصار .

فلا وجه لكلام مالك إلا أن يقول : عمل أهل المدينة حجة ، لأنهم الأكثرون والعبرة بقول الأكثرين وقد أفسدناه .

أو يقول : يدل اتفاقهم في قول أو عمل أنهم استندوا إلى سماع قاطع ، فإن الوحي الناسخ نزل فيهم ، فلا تشذ عنهم مدارك الشريعة .

وأجاب بأن هذا تحكم ، إذ لا يستحيل أن يسمع غيرهم ، حديثا من رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم في سفر أو في المدينة ، لكن يخرج منها قبل نقله ، فالحجة في الإجماع ولا إجماع .

قال : وربما احتجوا بثناء رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم على المدينة وأهلها . وأجاب بأن ذلك يدل على فضيلتهم ، وكثرة ثوابهم لسكناهم المدينة ، ولا يدل على تخصيص الإجماع بهم[1] .

وإذ بدا حجية عمل أهل المدينة فيما طريقه النقل ، فقد بدا أيضاً عدم حجية عملهم فيما طريقه الاجتهاد والإستنباط فيقدم خبر الآحاد على عملهم الإجتهادي بخلاف عملهم النقلي فإنه يقدم على خبر الآحاد .

قال ابن القيم : من المعلوم أن العمل بعد إنقراض عصر الخلفاء الراشدين والصحابة بالمدينة ، كان بحسب من فيها من المفتين والأمراء ، والمحتسبين على الأسواق ، ولم تكن الرعية تخالف هؤلاء ، فإذا أفتى المفتون بأمر نفذه الوالي ، وعمل المحتسب وصار عملا ، فهذا هو الذي لا يلتفت إليه مخالفة السنن ، لا عمل رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم ، وخلفائه

---

(١) المستصفى جـ ١ ص ١٨٧

والصحابة ، فذلك هو السنة ، فلا يخلط أحدهما بالآخر ، فنحن لهذا أشد تحكيما ، وللعمل الآخر إذا خالف السنة أشد تركا وباللّه التوفيق . ولقد كان ربيعة بن أبي عبد الرحمن يفتي ، وسليمان بن بلال المحتسب ينفذ فتواه فتعمل الرعية بفتوى هذا ، وتنفيذ هذا ، إلى أن قال : فكل عمل مجمع عليه أساسه النقل لا تخالفه سنة صحيحة قط ، وكل عمل أساسه الإجتهاد لا يقدم على سنة قط[1] واللّه الموفق .

---

(١) إعلام الموقعين جـ ٢ ص ٣٩٣ إلى ص٣٩٦ بتصرف .



البَحثُ السّادس

في

شرع من قَبْلنا

المراد بشرع من قبلنا ما يقبل الإنتساخ من الفروع العملية في الدين ، والتي وردت في شرائع الأنبياء والمرسلين ، على الأمم السابقة ، كشريعة إبراهيم ، وموسى ، وعيسى ، عليهم جميعا أفضل الصلاة والتسليم . وإنما نتناولها من جانب خاص هو :

هل هذه الأحكام الواردة في تلك الشرائع ، مشروعة بالنسبة إلينا فيلزمنا اتباعها والعمل بها ، أو ليست مشروعة لنا ، فلا تكون شرعا لنا ، ولا يلزمنا العمل بها ؟

هكذا روت كتب الأصول[1] وقبل ذكر الأقوال نحرر محل النزاع فنقول :

١ - لا نزاع في أن شرائع من قبلنا التي نسختها شريعتنا ، لا تكون مشروعة في حقنا .

مثل ما كان في شريعة موسى عليه السلام أن العاصي لا يكفر ذنبه إلا إن قتل نفسه ، وأن الثوب إذا أصابته نجاسة لا يطهره إلا قطع ما أصيب منه ، ومنه ما حرم من الطعام الوارد في قوله تعالى : ﴿وعلى الذين هادوا حرمنا كل ذي ظفر ومن البقر والغنم حرمنا عليهم شحومهما إلا ما حملت ظهورهما أو الحوايا أو ما اختلط بعظم ذلك جزيناهم ببغيهم وإنا لصادقون﴾[2] .

٢ - ولا نزاع في أن ما ثبت في كتبهم ، لا يلزمنا العمل به ، لقيام الدليل القطعي على أنهم حرفوا كتبهم ، وبدلوا شرعهم .

(١) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي جـ ٣ ص ٢١٤ ، تيسير التحرير جـ ٣ ص ١٣١ وما بعدها ، إرشاد الفحول ص ٢٤٠ ، تنقيح الفصول ص ٢٩٦ ، المنخول من تعليقات الأصول صـ ٢٣٢ ، المعتمد لأبي الحسين البصري جـ ٢ ص ٩٠١ ، شرح العضد عن مختصر ابن الحاجب جـ ٢ ص ٢٨٦ .

(٢) سورة الأنعام آية ١٤٥ .

أما ما ورد على لسان من أسلم منهم بعد إسلامه ، كعبد اللّه بن سلام ، وكعب الأحبار ، رضي اللّه عنهما ، فتردد قول العلماء في الإعتداد به ، وعدم الإعتداد به ، والأخير هو الأصح لأنه خبر آحاد ، لا يقوى على معارضة ما علم يقينا من تحريفهم للكلم عن مواضعه .

٣ ـ ولا نزاع في الأحكام التي قصّها اللّه تعالى في القرآن الكريم أو السنة النبوية على أنه شرع لمن قبلنا ، ثم بين لنا في شرعنا أنه شرع لنا ، في كونه شرع لنا يجب إتباعه والعمل به .

ومن هذا قوله في شأن الصيام : ﴿ يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون[1] ﴾.

فالآية تدل على فرضية الصوم على الأمم السابقة. وفرض علينا كفرضه عليهم .

ومنها أيضا الأضاحي التي أفاد شرعيتها على المسلمين ، وأنها كانت من شريعة إبراهيم عليه السلام كما قال رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم عندما سأله الصحابة عن الأضحية بأنها « سنة أبيكم إبراهيم »[2] .

تلك أوجه الإتفاق ويمكننا تحديد محل النزاع بأنه :

ما قصه اللّه عز وجل أو نبيه صلى اللّه عليه وسلم من شرع من قبلنا ، ولم يبين لنا في شرعنا أنه مشروع أو غير مشروع ، أي من غير إقرار أو إنكار يذكره في شرعنا على أنه شريعة لهم ، وسكت عليه في حقنا .

من ذلك قوله تعالى في التوراة لقوم موسى : ﴿ وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص فمن تصدق به فهو كفارة له ومن لم يحكم بما أنزل اللّه فأولئك هم الظالمون[3] ﴾

---

(١) سورة البقرة آية ١٨٣

(٢) الحديث أخرجه ابن ماجه عن زيد بن أرقم ، أنظر سنن ابن ماجه جـ ٢ ص ١٠٤٥ حديث رقم ٣١٢٧

(٣) سورة المائدة آية ٤٥ .

وكذلك قوله سبحانه : ﴿ من أجل ذلك كتبنا على بني إسرائيل أنه من قتل نفسا بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعا ﴾[1]

ومنه خطابه تعالى لصالح عليه السلام بقوله : ﴿ ونبئهم أن الماء قسمة بينهم كل شرب محتضر[2] ﴾ :

فالآية فيها أخبار بأن ناقة صالح لها يوم معين للشرب ، ولقومه يوم معين ، فلا يتعد أحدهما على الآخر .

ولعل الناظر في هذه الآيات الثلاث ، يلمس أن الإخبارات فيها لم تعقب بإنكار أو إقرار .

ففي هذا اختلف العلماء على قولين :

القول الأول : ذهب أصحاب الشافعي ، وإحدى الروايتين عن الإمام أحمد والأشاعرة والمعتزلة ، إلى أن شرع من قبلنا ليس شرعا لنا ، ولا يلزمنا العمل به[3] .

القول الثاني : وذهب جمهور الحنفية والمالكية وبعض أصحاب الشافعي ، وجمهور الحنابلة ، وأصح الروايتين عن الإمام أحمد ، وهو الذي اختاره أبو يعلى ، والحلواني ، وأبو الحسن التميمي من الحنابلة ، إلى أن شرع من قبلنا في الأحكام هو شرع لنا وأنه حجة يلزمنا العمل به[4] .

أدلة النافي للحجية :

١ - قوله تعالى : ﴿ لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا ﴾[5] .

فالآية تبين أن لكل رسول شرعة وهي الشريعة ، ومنهاجا أي طريقا ، فيجب على كل نبي إتباع شريعته ، لا شريعة غيره ، وإذا كان الرسول لا يجب

(١) سورة المائدة آية ٤٢ .

(٢) سورة القدر آية ٢٨ .

(٣) الإحكام للآمدي جـ ٤ ص ١٤٢ ، إرشاد الفحول ص ٢٤٠ ، روضة الناظر جـ ١ ص ٤٠١ ، شرح الكوكب المنير ص ٣٨٤ ، المحلي على جمع الجوامع جـ ٢ ص ٣٥٢ .

(٤) فتح الغفار بشرح المنار جـ ٢ ص ١٣٩ ، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد ص ١٣٤ ، تسهيل الوصول إلى علم الأصول ص ١٦٦ ، المستصفى للغزالي جـ ١ ص ١٣٣

(٥) سورة المائدة آية ٤٨ .

عليه إتباع شرع من قبله فنحن نتأسى به ويكون شرع من قبلنا ليس شرعا لنا وهو المطلوب .

ونوقش هذا بأن اختلاف الشرائع ، وتخصيص كل رسول بشريعة إنما هو باعتبار وقوع الإختلاف في بعض الفروع ، وهذا لا يمنع إشتراكها في بعض الأحكام الأخرى .

٢ ـ وبما روي أنه صلى اللّه عليه وسلم لما صوب معاذا إلى اليمن سأله بم تحكم ؟ قال : بكتاب اللّه ، قال : فإن لم تجد ؟ قال : بسنة رسول اللّه ، قال : فإن لم تجد ؟ ، قال : أجتهد رأيي .

وجه الإستدلال أن معاذا لم يذكر شرع من قبلنا ضمن الأصول التي ذكرها ولو كان شرع من قبلنا مصدر للتشريع لذكره ، لكنه لما لم يذكره كما بينا ، دل على عدم اعتباره وأنه ليس بحجة .

ونوقش هذا بالتسليم بأن معاذا تركه ، لكن تركه له يحتمل أنه تركه لأن الكتاب يشمله أو السنة تشمله أو تركه لقلة وقوعه .

٣ ـ الإجماع: وهو أن المسلمين جميعا قد أجمعوا على أنّ الشريعة التي جاء بها محمد صلى اللـه عليه وسلم ناسخة لكل شريعة تقدمتها ، والمنسوخ لا يجوز إتباعه ولا العمل به .

ونوقش هذا بأنها ناسخة لما خالفها فقط هكذا أجاب ابن الحاجب[1] .

٤ ـ قالوا : لو كنا متعبدين بشرع من قبلنا لوجب علينا تعلم أحكام ذلك الشرع ، وهو غير واجب .

أجيب بأنا لا نسلم أن تعلمها غير واجب ، بل هو واجب ، بدليل مراجعة النبي صلى اللّه عليه وسلم التوراة في حكم الرجم[2] .

٥ ـ ما ورد من عموم رسالة نبينا محمد صلى اللّـه عليه وسلم ، وأن الرسالات السابقة خاصة بقوم معينين ليس النبي وأمته منهم ، وأن الرسول

---

(١) شرح مختصر ابن الحاجب جـ ٢ ص ٣٨٧ .

(٢) متفق عليه من حديث ابن عمر في قصة اليهود الذين أتوا النبي صلى اللّه عليه وسلم برجل وامرأة منهم قد زنيا أنظر نيل الأوطار جـ ٧ ص ٩٢ .

صلى اللّه عليه وسلم غضب لما رأى عمر ينظر في التوراة وقال : لو أدركني أخي موسى ما وسعه إلا اتباعي[1] .

ونوقش هذا بأن عموم الرسالة لا يمنع من إشتراكها مع الرسالات الأخرى في بعض الأحكام ، وبأن الغرض من قوله عليه السلام لعمر ، إبعاد عمر عن النظر في التوراة ، لكمال ما جاء به ، ولا دلالة في الحديث على عدم إتباع موسى في بعض ما جاء به .

واستدل القائل بالحجية كما يلي :

١ ـ قوله تعالى : ﴿ أولئك الذين هدى اللّه فبهداهم اقتده ﴾[2].

فاللّه سبحانه وتعالى أمر نبيه صلى اللّه عليه وسلم بالإقتداء بهداهم ، وشرعهم من هداهم ، لأن الهدى اسم للإيمان والشرائع جميعا ، فالإهتداء لا يقع إلا بهما ، والأمر للوجوب ، فوجب عليه السلام إتباع شرعهم ، وما كان واجبا في حقه عليه السلام ، كان واجبا في حقنا ، ما لم يدل دليل على خصوصيته به ، ولا خصوصية ههنا.

ونوقش هذا بأن الدليل في غير محل النزاع لأن النزاع في شرع من قبلنا الخالي عن الإقرار والإنكار .

٢ ـ قوله تعالى :﴿ ثم أورثنا الكتاب الذين اصطفينا من عبادنا ﴾[3].

قال ابن نجيم في وجه الدلالة : والإرث يصير ملكا للوارث مخصوصا به ، فيعمل به على أنه شريعة نبينا محمد صلى اللّه عليه وسلم[4] .

ونوقش هذا بأن أهل التأويل اختلفوا في معنى الكتاب الذي أورثه اللّه من اصطفاه من عباده ، فقيل هو الكتب التي أنزلها اللّه قبل القرآن ، وقيل : هو شهادة أن لا إله إلا اللّه ، وعلى القول الأول بأن المراد بالكتاب هو الكتب السابقة ، فإن معنى ذلك : ثم أورثنا الإيمان بالكتاب الذين إصطفيناهم ،

---

(١) رواه أحمد عن طريق جابر بن عبد اللّه .
(٢) سورة الأنعام آية ٩٠ .
(٣) سورة فاطر الآية ٣٢ .
(٤) فتح الغفار بشرح المنار جـ ٢ ص ١٣٩ .

وأمة محمد عليه الصلاة والسلام مؤمنة بكل كتاب أنزله الله قبل كتابهم[1].

٣ ـ قوله تعالى : « إنا أوحينا إليك كما أوحينا إلى نوح»[2] ، وقوله سبحانه : «شرع لكم من الدين ما وصى به نوحا »[3] .

ووجه الدلالة من الآيتين : أن الدين إسم لما يدان اللّه به من الإيمان والشرائع ، فدل ذلك على وجوب اتباعنا لشريعة نوح عليه السلام .

٤ ـ قوله تعالى : «ثم أوحينا إليك أن إتبع ملة إبراهيم حنيفا»[4]

وجه الدلالة من الآية أن اللّه تعالى أمر نبيه محمدا صلى اللّه عليه وسلم باتباع ملة إبراهيم عليه السلام والأمر للوجوب ، والملة هي الشريعة .

٥ ـ قوله تعالى : «إنا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون »[5] .

وجه الدلالة أن اللّه سبحانه وتعالى بين أنه قد أنزل التوراة ليحكم بها النبيون ، والنبي محمد صلى اللّه عليه وسلم من جملة النبيين فوجب عليه الحكم بها .

ونوقش الدليل الثالث والرابع والخامس بما نوقش به الدليل الأول .

٦ ـ ما روي أن النبي صلى اللّه عليه وسلم رجع إلى التوراة في رجم اليهودي[6] .

٧ ـ ما روي أنه صلى اللّه عليه وسلم عندما طلب منه القصاص في سن كسرت قال : « كتاب اللّه القصاص[7] ، وليس في الكتب ما يقضي بالقصاص في السن سوى التوراة وهو ما حكاه اللّه تعالى في قوله :« وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن

(١) تفسير ابن جرير الطبري جـ ٢٢ ص ١٣٦ .
(٢) سورة النساء آية ١٦٣ .
(٣) سورة الشورى آية ١٣ .
(٤) سورة النمل آية ١٢٣ .
(٥) سورة المائدة آية ٤٤ .
(٦) أخرجه البخاري في صحيحه جـ ٨ ص ٢٠٥ .
(٧) سنن أبي داود جـ ٢ صـ ٥٠٣ ، سنن النسائي جـ ٨ ص ٢٦ .

والسن بالسن والجروح قصاص﴾ ولولا أنه عليه الصلاة والسلام متعبد بشرع من قبله لما صح الإستدلال بكون القصاص واجبا في شريعة موسى عليه السلام على كونه واجبا في شريعتنا .

٨ - ما روي أنه صلى اللّه عليه وسلم أنه قال : « من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها »[١] وتلا قوله تعالى : ﴿ وأقم الصلاة لذكري﴾[٢] وهو خطاب مع موسى عليه السلام .

هذا مجمل أدلة الفريقين، ويلوح لي أن القول بأن شرع من قبلنا شرع لنا هو القول الأحوط لأنه حين يوجد شرع لمن سبقنا وسكت عنه الشارع فلم يقره ولم ينكره يكون القول بأنه شرع لنا أولى بالعمل لا سيما أن محل النزاع فيما حكاه شرعنا .

وقد ذكر السعد التفتازاني قولا ثالثا : بأنه يكون حجة إذا حكاه اللّه في القرآن ، فعلى هذا لو ثبت بالوحي من السنة لا يكون حجة ، ونسب هذا القول إلى الحنفية[٣] وأشار إلى هذا القول أبو البركات في المسودة ، وأنه اختيار أبي زيد[٤] .

لكن المنصوص عليه في كتب الأصول من الحنفية : بأن شرع من قبلنا يعتبر حجة لنا إذا قصه اللّه أو رسوله من غير إنكار ، ونص المحققون على أنه ليس قولا ثالثا ، وإنما هو بيان لطريق وصول الشرائع إلينا وعلى ذلك فهم من القائلين بأنه حجة وشرع لنا[٥] .

وذكر الآمدي أن من الأصوليين من قال بالوقف ، واستبعد هذا القول[٦] .

وقد حكاه الشوكاني عن ابن القشيري وابن برهان[٧] .

---

(١) سنن أبي داود جـ ١ ص ١٠٣ .
(٢) سورة طه آية ١٤ .
(٣) شرح مختصر ابن الحاجب جـ ٢ ص ٣٨٦ .
(٤) مسودة آل تيمية ص ١٩٣ .
(٥) تيسير التحرير جـ ٣ ص ١٣١ .
(٦) الإحكام للآمدي جـ ٤ ص ١٤٨ .
(٧) إرشاد الفحول للشوكاني ص ٢٤٠ .

مَوقِفُ ابنِ حزم

أنكر الإمام إبن حزم القول بأن شرع من قبلنا شرع لنا ، وشدد النكير على القائلين به ، وندد بهم ، وقد ذكر ما في القرآن الكريم من شرائع سابقة حيث قال : « ونحن الآن إن شاء اللّه تعالى نذكر كل ما في القرآن الكريم من شرائع النبيين عليهم السلام قبلنا ، ونبين ما اتفق على تركه منها ، وما اختلف في الأخذ منها »[1]. وإليك بعضا منها :

١ ـ فمن شرائع سليمان عليه السلام ، قول اللّه تعالى : ﴿ وتفقد الطير فقال ما لي لا أرى الهدهد أم كان من الغائبين لأعذبنه عذابا شديدا أو لأذبحنه أو ليأتيني بسلطان مبين[2] ﴾.

قال أبو محمد : وهذا لا خلاف بيننا في سقوط عقاب الطير وإن أفسدت علينا .

٢ ـ ومن شريعة زكريا عليه السلام ، قوله تعالى : ﴿ وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم ﴾[3] .

قال أبو محمد : فاحتج بهذا قوم في الحكم بالقرعة ، ثم جعلوا ذلك حكما في المستلحق من الأولاد ، وفي المشكوك في طلاقها من النساء ، وفي غير ذلك ، وهذا لا يلزم بل يبطل من وجهين :

أحدهما : أن هذا قياس والقياس باطل ـ هذا في نظره ـ .

والثاني : أنه غير مأمور به في شريعتنا .

---

(١) الأحكام لإبن حزم جـ ٥ ص ١٢٦ .
(٢) سورة النمل آية ٢١ .
(٣) سورة آل عمران آية ٤٤ .

٣ ـ ومن شرائع موسى عليه السلام ، قوله تعالى : ﴿ فاخلع نعليك إنك بالوادي المقدس طوى ﴾[١].

قال أبو محمد : ونحن لا نخلع نعالنا في الأرض المقدسة .

٤ ـ ومن شريعة لوط عليه السلام ، قوله تعالى :﴿ كذبت قوم لوط بالنذر ، إنا أرسلنا عليهم حاصبا إلا آل لوط نجيناهم بسحر ﴾[٢].

يخبر سبحانه وتعالى عن قوم لوط كيف كذبوا رسولهم ، واقترفوا فاحشة لم يسبقهم بها أحد من العالمين ، ولهذا فقد أهلكوا أهلاكا لم تهلكه أمة من الأمم ، فإنه تعالى أمر جبريل عليه السلام فحمل مدائنهم حتى وصل إلى عنان السماء ثم قلبها عليهم ، ورجموا بحجارة من سجيل منضود ، ولهذا قال ها هنا« إنا أرسلنا عليهم حاصبا » وهي الحجارة ، إلا آل لوط خرجوا من آخر الليل ، فنجوا مما أصاب قومهم لم يمسهم سوء[٣] .

قال أبو محمد : فقد احتج قوم في رجم من فعل قوم لوط بهذه الآية ، ونسوا أن فاعل ذلك من قوم لوط كان كافرا ،وذلك منصوص في القرآن في الآية نفسها ، إذ أخبر تعالى أنهم كذبوا بالنذر ، وأن صبيانهم ونساءهم رجموا معهم ، ولم يكونوا ممن فعل ذلك الفعل .

ونسوا أيضا قوله تعالى : ﴿ ولقد راودوه عن ضيفه فطمسنا أعينهم[٤] ﴾

فكان يلزم إذا طردوا أصلهم الفاسد ـ يريد القول بشرع من قبلنا ـ أن يطمسوا عيني كل من راود ذكرا عن نفسه ، لأن الله تعالى طمس أعين قوم لوط إذ راودوا ضيفه ، كما رجمهم لما أتوا الذكور وكفروا ، فمن فرق بين شيء من ذلك ، فقد تحكم في دين الله عز وجل بلا برهان ولا هدى من الله تعالى .

٥ ـ ومن شريعة يوسف عليه السلام قوله تعالى :﴿ وشهد شاهد من أهلها إن

---

(١) سورة طه آية ١٢ .
(٢) سورة القمر آية ٣٣ ، ٣٤ .
(٣) تيسير العلي القدير لاختصار تفسير ابن كثير جـ ٤ ص ١٤٦ .
(٤) سورة القمر آية ٣٧ .

كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين ، وإن كان قميصه قد من دبر فكذبت وهو من الصادقين ﴾[1].

قال أبو محمد : وهذا مما لا خلاف فيه أنه لا يجوز أن نحكم به الآن بين الناس في تداعيهم الزنا .

ومنها قوله تعالى : ﴿ ولمن جاء به حمل بعير ﴾[2].

قال أبو محمد : فاحتج قوم بهذا في إثبات الجعل ، ولا يلزمنا ، لأن قول رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم : « أموالكم عليكم حرام . . » الخ الحديث الذي ورد في حجة الوداع مبطل للجعل إلا أن يوجبه نص في شريعتنا ، أو تطيب به نفس الجاعل .

٦ ـ ومن شريعة أيوب عليه السلام ، قوله تعالى : ﴿ وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث[3] ﴾.

قال أبو محمد : فاحتج بهذا قوم في إباحة جلد الزاني والقاذف والشارب إذا كانوا مرضى يضربون فيه مائة أو ثمانون أو أربعون شمراخا ، وفي بر يمين من حلف ليجلدن غلامه كذا وكذا جلدة[4] .

وقد أطال ابن حزم في ذلك إطالة لا تخلو عن فائدة .

ولنا أن نتساءل مع ابن حزم ومع غيره من المانعين لشرع من قبلنا فنقول : إذا وجدت الحادثة وليس لها مثيل في شرعنا ، لكن وجد المثيل لها في شرع من قبلنا فهل نتبع إجتهادنا ، ونترك شرع ربنا الذي كان على غيرنا ؟

أعتقد أن ابن حزم لا يسعه إلا التسليم .

وذهب المحققون إلى أن شرع من قبلنا ليس دليلا مستقلا بل هو راجع إلى الكتاب أو السنة لأنه لا يعتد به ولا يعمل إلا إذا قصه اللّه تعالى علينا أو قصه رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم علينا من غير إنكار ، ولم يرد في شرعنا ما ينسخه أو يرفعه عن المسلمين ، وإذا لم يكن شرع من قبلنا دليلا مستقلا

(١) سورة يوسف آية ٢٦ ـ ٢٧ .
(٢) سورة يوسف آية ٧٢ .
(٣) سورة ص آية ٤٤ .
(٤) الأحكام لابن حزم جـ ٥ ص ٧٢٦ وما بعدها .

عند القائلين به ثم هو راجع إلى الكتاب والسنة ، فإنه يكون الخلاف لفظيا .

قال إمام الحرمين : وهذه المسألة لا تظهر لها فائدة ، بل تجري مجرى التواريخ المنقولة . ووافقه المازري ، والماوردي وغيرهما .

قال الشوكاني : وهذا صحيح فإنه لا يتعلق بذلك فائدة باعتبار هذه الأمة ، ولكنه يعرف به في الجملة شرف تلك الملة التي تعبد بها ، وفضلها على غيرها من الملل المتقدمة على ملته[1] .

والله أعلم .

(١) إرشاد الفحول ص ٢٣٩ .



البحث السابع
في
سد الذرائع



سد الذرائع مركب إضافي مكون من مضاف ومضاف إليه ، شأنه شأن كلمة أصول الفقه ، حيث أطلق الكثير من القائلين به كلمة « سد الذرائع » على دليل من أدلة الشرع المختلف فيها ، وقد يطلق بعضهم على هذا الدليل اسم « الذرائع » فقط دون التقيد بكلمة سد ، وعلى كلا الأمرين فالخطب سهل ميسور ، لأن بيان المركب متوقف على معرفة أجزائه التي تركب منها ، فعند التعرض لبيان معنى أجزاء المركب يتضح معنى الإطلاق الثاني الذي هو الذرائع ، وإن كان هذا الإتضاح يكون بالتبعية لا بالأصالة إلا أنه كاف في مثل ذلك ، وعلى هذا نقول وبالله التوفيق .

أولا : معنى كلمة سد في اللغة :

السد إغلاق الخلل وردم الثلم ، يقال سده يسده سدا فانسد ، وجاء في مختار الصحاح «أن السد هو الحاجز بين الشيئين أي الجبل » الجمع أسداد[١] .

وفي معجم مقاييس اللغة : أن السد يدل على ردم الشيء وملاءمته ، من ذلك سددت الثلمة سدا وكل حاجز بين الشيئين فهو سد[٢] .

وجاء السد في القرآن الكريم بمعنى الجبل كما في قوله تعالى : ﴿حتى إذا بلغ بين السدين وجد من دونهما قوما لا يكادون يفقهون قولا ﴾[٣]قال القرطبي حتى إذ بلغ بين الجبلين[٤] .

ثانيا : معنى كلمة الذريعة في اللغة :

الذريعة في اللغة مأخوذة من ذرع ، وهو أصل يدل على الإمتداد والتحرك إلى أمام ، وكل ما تفرع عن هذا الأصل يرجع إليه .

يقال ذرع الرجل في سباحته تذريعا ، أي اتسع ومد ذراعيه ، والتذريع في المشي تحريك الذراعين ، وذرع بيديه تذريعا حركهما في السعي واستعان بهما عليه ، وتذرعت الإبل الماء أي وردته وخاضته بأذرعها ، وتذرعت المرأة

---

(١) المختار الصحاح ص ١١٣ .
(٢) معجم مقاييس اللغة جـ ٣ ص ٦٦ .
(٣) سورة الكهف آية ٩٣ .
(٤) تفسير القرطبي ص ٤٠٩٤ طبعة الشعب .

أي شقت الخوص لتعمل منه حصيرا ، وذرعه القيء أي غلبه وسبق إلى فيه .

والذرع والذراع : الطاقة والوسع ، ومنه قولهم : ضاق بالأمر ذرعه وذراعه ، وضاق به ذرعا وذراعا .

قال الجوهري : وأصل الذرائع إنما يرجع إلى بسط اليد فكأنك تريد أن تقول : مددت يدي إلى الشيء فلم أنله ، فقلت ضقت ذرعا ، وقريب من هذا قول بعضهم : إن القصير الذراع لا ينال ما يناله الطويل الذراع ، ولا يطيق طاقته ، فضرب مثلا للذي سقطت قوته دون بلوغ الأمر والإقتدار عليه .

ثالثا : الإستعمال اللغوي للذريعة :

إستعمل أهل اللغة كلمة « الذريعة » في أربعة معان جمعها المعجم الوسيط بقوله : « الذريعة : حلقة يتعلم عليها الرامي ، وما يستتر به الصائد ، والوسيلة ، والسبب إلى الشيء والجمع ذرائع »[1] وإليك تفصيل ذلك :

الأول : استعملت الذريعة بمعنى الوسيلة إلى الشيء ، قال ابن منظور : الذريعة الوسيلة : وقد تذرع فلان بذريعة أي توسل بوسيلة والجمع الذرائع [2] وكذلك ورد هذا المعنى في مختار الصحاح[3] .

والوسيلة مأخوذة من وسل ، وهي كلمة تدل على الرغبة والطلب ، وتلتقي مع الذريعة من جهة أن الطالب أو الراغب تمتد نفسه ويتحرك قلبه لنيل مقصوده .

الثاني : أن الذريعة تأتي بمعنى السبب ، يقال فلان ذريعتي إليك : أي سببي ووصلتي التي أتسبب بها إليك . قال أبو رجزة يصف امرأة :

طافت بها ذات ألوان مشبهة ذريعة الجن لا تعطي ولا تدع

أراد كأنها جنية لا يطمع فيها ، ولا يعلمها في نفسها .

---

(١) المعجم الوسيط جـ ١ ص ٣١١ .
(٢) لسان العرب جـ ٨ ص ٩٦ .
(٣) مختار الصحاح ص ٢٢١ .

وجاء في نوادر العرب ، أنت ذرعت هذا بيتنا وأنت سجلته ، يريد سببته[1] . ثم جعلت الذريعة مثلا لكل شيء أدنى من شيء وقرب منه ، قول ابن الأعرابي :

وللمنية أسباب تقربها كما تقرب للوحشية الذرع

والسبب في اللغة ما يتوصل به إلى غيره . وفي التنزيل العزيز : ﴿ وآتيناه من كل شيء سببا. فأتبع سببا ﴾[2] ولأجل هذا المعنى جعلت القربة ، والمودة ، والطريق سببا يقال : جعلت فلاناً سببا إلى فلان في حاجتي ، كما تقول : مالي إليك سبب أي طريق[3] .

الثالث : أنها تأتي بمعنى الدريئة وهي الناقة التي يستتر بها رامي الصيد ليظفر بصيده عن قرب ،وذلك أن هذه الناقة تسيب أولا مع الوحش حتى يألفها ، فإذا ألفها سار الصياد إلى جنبها مستترا بها حتى يرمي الصيد إذا أمكنه ذلك .

على هذا كانت الدريئة سببا ووسيلة لبلوغ المقصود تقول : إستذرع به جعله ذريعة له وكذلك يقال لمن اختفى وراء شيء ، ثم صار مثلا لكل شيء أدنى من شيء .

الرابع : أنها تطلق على الحلقة التي يتعلم عليها الرامي الرمي ، فلما كانت الحلقة سبب ووسيلة إلى تعلم الرمي أطلقت عليها تقول : هيا لنتعلم على ذريعتي أي حلقتي وكل ما كان وسيلة وسببا كذلك .

وبناء على ما تقدم نقول : إن الذريعة كل ما يتخذ وسيلة إلى غيره سواء كان حسيا كما مثلنا أو معنويا كما في تعلم الرمي .

رابعا : **معنى سد الذريعة في الإصطلاح** :

علمنا أن القائلين بالذريعة انقسموا على أنفسهم في العنونة لها فمنهم من يعنون لها مقيدة ويقول : « سد الذرائع » ومنهم من يعنون لها مطلقة

---

(١) لسان العرب جـ ٨ ص ٩٦ .

(٢) سورة الكهف آية ٨٤ ، ٨٥ .

(٣) المعجم الوسيط جـ ١ ص ١١٤ .

ويقول : « الذرائع » وربما كان اختلافهم في تعريفها بناء على ذلك ، أو لاختلاف في العبارة ؛ أو المفهوم وترجع تعريفاتهم إلى ثلاثة إتجاهات إليك بيانها :

الإتجاه الأول :

وقد عرفت فيه بأنها الوسيلة إلى الشيء كذا ذكره القرافي[1] ، أو بأنها : ما كان وسيلة وطريقا إلى الشيء قاله ابن القيم[2] .

وقال صاحب تهذيب الفروق : « الذرائع »: الطرق المفضية إلى المقاصد[3] فبين أن المراد بكلمة الشيء الواردة في التعريفين الأولين أن معناها المقاصد .

وبالنظر في هذه التعريفات نجد أنها تتطابق تمام الإنطباق عند من يعنون لها بلفظ « الذريعة » دون التقيد بكلمة « سد » وكذلك إن أريد بها كونها لقبا وعلما عليه . كما أنها تتفق مع المعنى اللغوي لها .

وتوصف بالسد كما توصف بالفتح ، فتكون الدعوى إلى الطاعات وعمل الخيرات واتباع ما أمر اللّه تعالى ورسوله صلى اللّه عليه وسلم من باب فتح الذرائع ، ويكون التحذير من النواهي ، واجتناب المعاصي من باب سد الذرائع .

قال القرافي : « اعلم أن الذريعة كما يجب سدها يجب فتحها ؛ وتكره وتندب وتباح فإن الذريعة هي الوسيلة ، كما أن وسيلة المحرم محرمة فوسيلة الواجب واجبة كالسعي للجمعة والحج[4] .

وبناء على القول بسد الذرائع وفتحها ، فإنها تجري حينئذ في الأوامر والنواهي ويكون لها صور أربع :

الصورة الأولى : أمر يتوسل به إلى أمر مثله . كالسعي للجمعة ، وكالتزوج لإحصان الفرج

---

(١) الفروق للقرافي جـ٢ ص ٣٢ .
(٢) إعلام الموقعين جـ ٣ ص ٤٧ .
(٣) تهذيب الفروق جـ ٢ ص ٤٢ .
(٤) الفروق للقرافي جـ ٢ ص ٣٢ .

الصورة الثانية : أمر يتوسل به إلى نهي كالبيع مثلا فإنه قد يتوسل به إلى محرم كما في بيع العينة مثلا .

الصورة الثالثة : نهي يتوسل به إلى نهي ، مثل النميمة يتوسل بها إلى القتل .

الصورة الرابعة : نهي يتوسل به إلى أمر ، كشهادة الزور يتوصل بها لإثبات حق .

الإتجاه الثاني :

وقد عرفت فيه بتعريفات عديدة منها . ١ ـ ما ذكره الشاطبي بقوله : حقيقة الذرائع التوسل ، بما هو مصلحة إلى ما هو مفسدة[١] .

٢ ـ تعريف إبن رشد بأنها : الأشياء التي ظاهرها الإباحة ، ويتوصل بها إلى فعل المحظور[٢] .

وذكر مثل ذلك الباجي من المالكية[٣] .

٣ ـ وعرفها القرطبي بأنها : عبارة عن أمر غير ممنوع لنفسه ، يخاف من إرتكابه الوقوع في ممنوع[٤] .

٤ ـ وعرفها الشوكاني بقوله : هي المسألة التي ظاهرها الإباحة ويتوصل بها إلى فعل المحظور[٥] .

٥ ـ وعرفها القاضي عبد الوهاب بأنها : الأمر الذي ظاهره الجواز ، إذا قويت التهمة في التطرق به إلى الممنوع[٦] .

٦ ـ وعرفها الفتوحي بأنها ما كان ظاهره مباحاً، ويتوصل به إلى محرم[٧] .

---

(١) الموافقات للشاطبي جـ ٤ص، ص ١٩٨ .
(٢) المقدمات لابن رشد جـ ، ص ١٩٧ .
(٣) الإرشادات في أصول المالكية ص ١١٢ المطبوع بهامش حاشية السوسي على الورقات .
(٤) الجامع لأحكام القرآن جـ ٢ ص ٥٧ وما بعدها .
(٥) إرشاد الفحول للشوكاني ص ٢١٧ .
(٦) الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب : جـ ١ ص ٣٧٥ .
(٧) الكوكب المنير ص ٣٨٣ .

من هذه التعاريف نلمس أن أصحاب هذا الإتجاه ضيقوا دائرة تعريفهم وجعلوه لا يشمل إلا ما يؤدي إلى مفسدة وبتعبير آخر إلى نهي كما في بعض الصور الأربع التي ذكرناها سابقا .

ولعل الذي حملهم على ذلك إطلاق الذرائع بصيغة التركيب ، أي عنونتهم لها مقيدة بكلمة سد ، ومراعاة ذلك عند بيان حقيقتها عندهم ، فهذه التعاريف تقترب من قولهم « سد الذرائع » بالمعنى الإضافي .

وكذلك الحال عند من يقول أنها علم على هذا الدليل شريطة أن يكون من القائلين بالسد فقط دون الفتح .

الإتجاه الثالث :

ويمثله تعريف شيخ الإسلام ابن تيمية حيث قال : الذريعة ما كان وسيلة وطريقا إلى الشيء[1] .

فهذا التعريف يسير مع الإتجاه الأول ، لولا أن شيخ الإسلام ابن تيمية عقبه بقوله : « لكنها صارت في عرف الفقهاء عبارة عما أفضت إلى فعل محرم »[2] .

فبهذا التعقيب انتقل إلى أصحاب الإتجاه الثاني عند صرف النظر عن تعريفه الأول .

ولعل شيخ الإسلام : أراد بصنيعه ذلك أن يبين لنا أنه مجرد إصطلاح إصطلح عليه الفقهاء في إطلاقهم : الذرائع أو سد الذرائع على أنه علم على دليل من الأدلة بصرف النظر عن كونه مركبا إضافيا يلزم من تعريفه معرفة أجزائه التي تركب منها .

ومن هذا التعريف يتبين أن فيه جمعا بين الإتجاهين الأولين وأن سد الذرائع مركب إضافي كما هو علم ولقب على هذا الدليل ، ولعلهم أرادوا بهذا

(١)، (٢) الفتاوى الكبرى لشيخ الإسلام : ابن تيمية جـ٣ ص ١٣٩ .

المركب كونه علما ولقبا لهذا الدليل ، وذلك كي يسن لبعضهم القول بسدها وفتحها .

فقد قال القرافي : « اعلم أن الذريعة كما يجب سدها ، يجب فتحها ، ويكره ، ويندب ؛ ويباح ، فإن الذريعة هي : الوسيلة ، فكما أن وسيلة المحرم محرمة ، فوسيلة الواجب ، واجبة ، كالسعي للجمعة ، والحج[1] .

فمن كلام القرافي يتضح أنه يذهب إلى الفتح كما ذهب إلى السد ، ولو دققنا النظر في قوله : « فوسيلة الواجب واجبة »، وتمثيله بالسعي للجمعة ، والحج لأدركنا أن في فتحها خلطا بينها ، وبين مقدمة الواجب أو وسيلة الواجب ، أو ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب .

وبيان ذلك : أننا لو قلنا الصلاة واجبة من الواجبات ، وهي متوقفة على البلوغ ، وعلى الطهارة ، والزكاة واجبة من الواجبات ، ومتوقفة على ملك النصاب ، وعلى إفراز القدر المخرج ، والحج واجب من الواجبات ، ومتوقف على الإستطاعة وعلى السعي إلى أماكن النسك ، والجمعة واجب من الواجبات ومتوقفة على وجود عدد معين ، وعلى سعي هذا العدد إلى مكان الصلاة .

بالتأمل في ذلك يظهر أن الصلاة متوقفة على البلوغ من جهة وجوبها ، على معنى أنها لا تجب إلا بالبلوغ ، ومتوقفة على الطهارة من ناحية وجودها ، على معنى أنها لا توجد إلا بها . وإن كانت واجبة على غير المتصف بها . وكذلك الزكاة فإنها متوقفة على ملك النصاب ، وجوبا ، وعلى إفراز القدر المخرج وجودا ، وكذا الحج مع الإستطاعة ، وجوبا ، ومع السعي وجودا ، والجمعة مع وجود العدد وجوبا ، ومع وجوده في مكان الصلاة وجودا .

وبهذا نعلم أن المقدمة مقدمتان ، مقدمة وجوب وهذه ليست في مقدور المكلف ، ولذلك لم يقل أحد بوجوبها ، لا استقلال ، ولا تبعا .

ومقدمة وجود ،وهذه قد تكون في مقدور المكلف كما مثلنا، وقد تكون

(١) الفروق للقرافي جـ ٢ ص ٣٣.

في غير مقدروه ، فإن كانت في غير مقدوره كان الشأن فيها كما في مقدمة الوجوب . وإن كانت في مقدور المكلف ، فأرجح الآراء أنها تجب بالدليل الذي أوجب الواجب .

فكيف يقال : بفتح الذرائع استنادا إلى أن وسيلة الواجب واجبة ، كالذي حكاه القرافي ؟

لكن ابن الشاط تعقب القرافي وقال : « إن ما قاله القرافي ، من أن حكم الوسائل حكم ما أفضت إليه من وجوب أو غيره ، غير صحيح ، فإن ذلك مبني على قاعدة : « أن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب »[1] .

ونحن وإن كنا نصادق ابن الشاط فيما ذهب إليه إلا أننا نقول بالنسبة لقول القرافي ذلك : إنه سبق قلم منه ، ولعل ما يؤ يد ذلك تقسيمه للذرائع حيث قسمها إلى ثلاثة أقسام كلها تدور حول السد حيث قال :

١ ـ قسم أجمعت الأمة على سده ومنعه ، كحفر الآبار في طرق المسلمين ، إذا علم وقوعهم فيها ، أو ظن ذلك ، وإلقاء السم في أطعمتهم إذا علم أو ظن أنهم يأكلونها فيهلكون[2].

وكالمنع من سب الأصنام إذا علم أنهم يسبون اللّه تعالى حينئذ .

٢ ـ وقسم أجمعت الأمة على عدم سده ، كالمنع من زراعة العنب خشية الخمر ، فإنه لم يقل به أحد ، وكالمنع من المجاورة في البيوت خشية الزنا .

٣ ـ والقسم الثالث المختلف فيه ، كالنظر إلى المرأة لأنه ذريعة للزنا بها ، وكذلك الحديث معها ،

---

(١) ادرار الشروق على أنواء الفروق جـ ٢ ص ٣٣ .
(٢) الفروق للقرافي جـ ٢ ص ٣٣
(٣) الفروق للقرافي جـ ٢ ص ٣٢

فهذا التقسيم يوضح أن المقسم وهو الذرائـع لا يكون إلا سدا ، ولا فتح فيها ، سواء قلنا إن هذا مركب إضافي أريد به معناه المطابقي ، أو قلنا إنه علم ولقب لهذا الدليل المختلف فيه والله الموفق .

أقسام الذّرائع

أولا : تقسيم ابن القيم :

قسم ابن القيم الذرائع بالنسبة لما تؤدي إليه من المفاسد أقساماً أربعة :

القسم الأول :

وسيلة موضوعة للإفضاء إلى المفسدة ، كشرب الخمر المؤدي إلى مفسدة السكر ، وكالقذف المؤدي إلى مفسدة الفرية ، والزنا المفضي إلى إختلاط الانساب ، فهذه أفعال وأقوال وضعت مفضية إلى هذه المفاسد وليس له ظاهر غيرها .

القسم الثاني :

وسيلة موضوعة للمباح قصد بها التوصل إلى المفسدة وذلك كمن يعقد النكاح قاصدا به التحليل ، أو يعقد البيع قاصداً به الربا ، فهذه أفعال وضعت مفضية إلى المصالح ، ولكن الفاعل لم يقصد بها تلك المصالح وإنما قصد بها الوصول إلى غاية هي في نظر الشارع مفسدة .

القسم الثالث :

وسيلة موضوعة للمباح ، لم يقصد بها التوصل إلى المفسدة لكنها مفضية إليها غالباً ، ومفسدتها أرجح من مصلحتها . وذلك كالصلاة في أوقات النهي وسب آلهة المشركين . وتزين المتوفى عنها زوجها في زمن العدة .

فهذه أفعال مباحة في الأصل لما يترتب عليها من المصالح ، ولم يقصد فاعلها بها مفسدة ولكن هذه الأفعال تؤدي في الغالب إلى مفاسد نهى الشارع عنها . وهذه المفاسد راجحة على مصلحة الفعل .

القسم الرابع :

وسيلة موضوعة للمباح وقد تفضي إلى المفسدة ، ومصلحتها أرجح من مفسدتها ، ومثالها النظر إلى المخطوبة ، والمشهود عليها وكلمة الحق عند سلطان جائر ، فهذه أفعال مباحة في الأصل لأنها تحقق بعض المصالح ، ولم يقصد بها الفاعل مفسدة ولكنها قد تؤدي إلى المفسدة ، إلا أن المصالح المترتبة عليها أرجح من المفاسد المتوقعة منها[1] .

ثانيا : تقسيم الشاطبي

أما الشاطبي رحمه اللّه فقد قسم الذرائع من حيث جلب المصلحة أو دفع المفسدة إلى أربعة أقسام :

القسم الأول :

ما يكون أداؤه إلى المفسدة قطعياً عادة كحفر البئر خلف باب الدار بحيث يقع فيه الداخل قطعاً .

القسم الثاني :

ما يكون أداؤه إلى المفسدة نادراً كحفر البئر في موضع لا يؤدي غالبا إلى وقوع أحد فيه وبيع الأغذية التي غالبا لا تضر أحدا .

القسم الثالث :

ما يكون أداؤه إلى المفسدة غالبا بحيث يغلب على الظن الراجح أداؤه إلى المفسدة . كبيع السلاح في وقت الفتن وبيع العنب لمن يتخذه خمرا .

القسم الرابع :

ما يكون أداؤه إلى المفسدة كثيراً غالباً ولا نادراً وذلك كمسائل البيوع

(١) إعلام الموقعين جـ ٣ ص ١٤٧ .

الربوية التي قد تفضي إلى الربا[1] .

ولعل الناظر في تقسيم ابن القيم يجده يتنافى مع تعريف الذرائع الذي خلاصته « المباح الذي يتوصل به إلى محظور » لأن القسم الأول عنده المحرم الذي يؤدي إلى مفسدة ، وهذا يجعلنا نستبعد تقسيمه ،

أما تقسيم الشاطبي فيتلاءم مع التعريف ويتصف بالشمول فكان الأولى بالاعتبار ولهذا سنبين لك حكم كل قسم من هذه الأقسام .

آراء العلماء في سد الذرائع

للنظر في آراء العلماء ، والوقوف على حقيقة أقوالهم ، وتحرير محل النزاع بينهم ، كل هذه الأمور تقف حائلا بين الكلام على آرائهم في سد الذرائع بإجمال ، لأنه كما قلنا تنقسم الذرائع إلى أقسام ، وتتنوع إلى أنواع ، فرب قائل بنوع ، ناف لباقي الأنواع لهذا اقتضى الأمر أن نتكلم على حكم كل قسم على حدة ، وقد سبق أن قلنا إن تقسيم الشاطبي هو المعتبر في نظرنا . وأنه الأصل في ذكر كل حكم فنقول وبالله التوفيق :

حكم القسم الأول :

قال الشاطبي عن هذا القسم ، وهو الذي يكون أداؤه إلى المفسدة ، قطعيا عادة كحفر البئر خلف باب الدار في الظلام ، بحيث يقع الداخل فيه قطعا ، إنه ممنوع ، لأن توخي الفاعل لهذا الفعل ، مع الفعل ، مع العلم بما يترتب عليه من ضرر في حكم المقطوع به ، يكون من أحد أمرين :

(أ) إما تقصير في إدراك الأمور على وجهها ، وعدم إختبار مضارها ، وذلك ممنوع .

(١) الموافقات جـ ٢ ص ٣٥٧ وما بعدها بتصرف .

(ب) وإما أنه قصد الإضرار وذلك ممنوع أيضا[1] .

وهذا القسم هو الذي قال عنه ابن القيم : «إن الشريعة جاءت بالمنع من هذا القسم ، كراهة أو تحريما بحسب درجاته في المفسدة »[2] .

وخرج ابن الرفعة عليه قول الشافعي في باب إحياء الموات من الأم عند النهي عن منع الماء ليمنع به الكلأ حيث قال : « إن ما كان ذريعة إلى منع ما أحل اللّه لم يحل ، وكذا ما كان ذريعة إلى إحلال ما حرم الله »[3] .

وتعقب الإمام السبكي إبن الرفعة في هذا التخريج وقال : إنما أراد الشافعي ـ رحمه اللّه ـ تحريم الوسائل لا سد الذرائع ، والوسائل تستلزم المتوسل إليه ، ومن هذا منع الماء فإنه يستلزم منع الكلأ الذي هو حرام[4] .

وبهذا يتبين أن الإمام الشافعي يقول بسد هذا القسم ، وإن كان يسميه وسائل واختار هذا النهج الإمام ابن حزم حيث قال : « ولا يحل بيع شيء ممن يوقن أنه يعصى اللّه به أو فيه ، وهو مفسوخ أبدا كبيع كل شيء ينبذ أو يعصر ممن يوقن أنه يعصره خمرا ، وكبيع الدراهم الرديئة ممن يوقن أنه يدلس بها . إلى أن قال وهذا في كل شيء لقوله تعالى : ﴿ وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان[5] ﴾، والبيوع التي ذكرناها تعاون ظاهر على الإثم والعدوان بلا تطويل ، وفسخها تعاون على البر والتقوى ، فإن لم يوقن بشيء من ذلك ، فالبيع صحيح لأنه لم يعن على إثم . . . إلخ[6] .

فابن حزم يمنع من هذا التصرف ما دام قد وجد اليقين ، ولا يمنع منه إن انتفى اليقين ، كما في قوله : «فإن لم يوقن بشيء من ذلك ، فالبيع صحيح» إلا

(١) الموافقات جـ ٣ ص ٣٥٧ وما بعدها .
(٢) إعلام الموقعين جـ ٣ ص ١٣٦ وما بعدها .
(٣) الأم للشافعي جـ ٣ ص ٧٤ .
(٤) حاشية العطار على جمع الجوامع جـ ٢ ص ٣٩٩ .
(٥) سورة المائدة آية ٢ .
(٦) المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٦٥٣ وما بعدها .

أن ابن حزم لم يسم هذا المنع بسد الذرائع ، لأنه ذريعة إلى مفسدة ، وإنما يجعله من باب التعاون على الإثم والعدوان .

وبهذا يتبين أن موقف الإمام ابن حزم كموقف الإمام الشافعي مع الإختلاف في التسمية فالشافعي يقول بتحريم الوسائل المؤدية إلى منع ما أحل الله ، وابن حزم يحرم ذلك أيضا إلا أنه يجعله من باب التعاون على الإثم والعدوان ، وهكذا اختلفت العبارات وتلاقت في المؤدى .

ومن هنا حكى القرافي الإجماع حيث قال : « وإن هذا قسم أجمعت الأمة على سده ومنعه وحسمه ، كحفر الآبار في طريق المسلمين ، فإنه وسيلة إلى إهلاكهم فيها وكذلك إلقاء السم في أطعمتهم ، وسب الأصنام عند من يعلم من حاله أنه يسب الله تعالى عند سبها[1] .

حكم القسم الثاني:

وهو ما يكون أداؤه إلى المفسدة نادرا ، كحفر بئر بموضع يغلب على الظن أن لا يقع فيه أحد ، وبيع الأغذية التي من شأنها أن لا تضر أحدا غالبا ، وما أشبه ذلك ، قال الشاطبي : وهذا النوع من الذرائع باق على أصل الإذن والمشروعية ، ما دام الفعل مأذونا فيه ، لأن المصلحة في العادة عارية عن المفسدة جملة ، والشارع إنما اعتبر غلبة المصلحة ولم يعتبر ندرة المفسدة .

ولا يعتبر هنا قصد القاصد إلى جلب المصلحة ، أو دفع المفسدة ، مع معرفته بندرة المفسدة في ذلك ـ تقصيرا في النظر ـ ولا قصدا إلى وقوع الضرر فالعمل إذن باق على أصل المشروعية ، والدليل على ذلك : أن ضوابط المشروعات هكذا وجدناها ، كالقضاء بالشهادة في الدماء ، والأموال ، والفروج ، مع إمكان الكذب والغلط ، وإباحة القصر في المسافة المحددة ، مع إمكان عدم المشقة كما في الملك المترف ، ومنعه في الحضر بالنسبة لذوي الصنائع الشاقة ، وكذلك إعمال خبر الواحد ، والأقيسة الجزئية في

---

(١) الفروق جـ ٢ ص ٣٢ ، شرح تنقيح للفصول ص ٤٤٨ .

التكاليف ، مع إمكان إخلافها والخطأ فيها من وجوه ، ولكن ذلك نادر فلم يعتبر ، واعتبرت المصلحة الغالبة[1] .

وحكى القرافي الإجماع حيث قال : « إن الأمة أجمعت على عدم منع هذا النوع ، وأنه ذريعة لا تسد ، ووسيلة لا تحسم ، كالمنع من زراعة العنب خشية الخمر ، فإنه لم يقل به أحد ، وكالمنع من المجاورة في البيوت خشية الزنا[2] .

حكم القسم الثالث :

قال الشاطبي عن هذا القسم ، وهو ما يكون الفعل مؤديا إلى المفسدة غالبا ، كبيع السلاح في وقت الفتن ، أو من أهل الحرب ، وبيع العنب للخمر ، ونحو ذلك مما يقع في غالب الظن أداؤه إلى المفسدة ، لا على سبيل القطع . وهذا النوع أيضا ممنوع ، لأن الاحتياط ، يوجب الأخذ بغلبة الظن ، ولأن الظن في الأحكام العملية ، يجري مجرى العلم فيجري هنا مجراه ، ولأن إجازة هذا القسم من الذرائع نوع من التعاون على الإثم والعدوان ، وذلك لا يجوز ، وإن كان المنع أخفض رتبة من القسم الأول[3] .

وجعله القرافي من القسم الأول ، وادعى الإجماع عليه حيث قال : « وما يغلب على الظن إفضاؤه إلى المفسدة ، إن هذا قسم قد أجمع على سده ، كالمنع من حفر الآبار في طرق المسلمين ، إذا علم وقوعهم فيها أو ظن ، وإلقاء السم في أطعمتهم إذا علم أو ظن ، أنهم يأكلونها فيهلكون[4] » .

لكن ابن القيم حكى الخلاف في هذا القسم والقسم الرابع الذي يليه حيث قال : بقي النظر في القسمين الوسط ـ أي الثالث والرابع ـ هل هما مما جاءت الشريعة بإباحتها أو المنع منهما ؟

---

(١) الموافقات جـ ٢ ص ٣٥٩ .
(٢) الفروق جـ ٢ ص ٣٢ .
(٣) الموافقات جـ ٢ ص ٣٥٩ .
(٤) الفروق للقرافي جـ ٣ ص ٢٦٦ .

بعض الشافعية لا يقولون بمنع الذرائع في هذا ، وكذلك ابن حزم[1] .

وذهب عامة المالكية والجمهور من الحنابلة وبعض من الشافعية والحنفية إلى القول بسد الذرائع .

ووجهة الإمام الشافعي ما يلي :

١ ـ إن اللّه تعالى فرض على نبيه أن يقاتل أهل الأوثان حتى يسلموا فتحقن دماؤهم ، إذا أظهروا الإسلام ؛ وأعلم أنه لا يعلم صدقهم بالإسلام إلا اللّه رب العالمين ، فقد قال صلى اللّه عليه وسلم : « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا اللّه فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحق اللّه وحسابهم على اللّه[2] » .

ذكر إبن القيم في وجه الإستدلال للإمام الشافعي حيث قال : « فاكتفى منهم بالظاهر وكل سرائرهم إلى اللّه[3] » .

٢ ـ ان اللّه تعالى أطلع رسوله ـ صلى اللّه عليه وسلم ـ على قوم يظهرون الإسلام ، ويبطنون غيره ، فلم يجعل له حكما عليهم إلا بما أظهروه وهو الإسلام ، قال تعالى : ﴿ قالت الأعراب آمنا قل لم تؤمنوا ولكن قولوا أسلمنا ﴾[3] .

فهذه الآية فيها دلالة على العمل بالظاهر ، وأن السرائر وما يكنه القلب لا شأن لنا به ، وإلا لأخذهم بجرمهم ، وأمر رسوله صلى اللّه عليه وسلم بمؤاخذتهم لكن كل ذلك لم يحدث فكان دليلا على عدم القول بمؤاخذة الإنسان على ما تكنه نفسه وهذا هو إبطال الذرائع .

٣ ـ وقال تعالى في شأن الصنف الثاني من المنافقين : ﴿ إتخذوا إيمانهم

---

(١) إعلام الموقعين جـ ٣ ص ١٣٦ .

(٢) جزء من حديث متفق عليه ، أنظر : الأربعون النووية حديث رقم ٨ .

(٣) الأم جـ ٧ ص ٢٩٥ ، إعلام الموقعين جـ ٣ ص ٩٩ .

(٤) سورة الحجرات آية ١٤ .

جنة ﴾[1] وقال سبحانه: ﴿ سيحلفون باللّه لكم إذا إنقلبتم إليهم ﴾[2] .

ففي هذه الآيات أمر للرسول صلى اللّه عليه وسلم : بمعاملتهم بما أظهروا دون ما أبطنوا . وهذا دليل أيضا على اتباع الظاهر فقط من أحوال الناس .

وقد استطرد الإمام الشافعي في الإستدلال على المنع من سد الذرائع بأدلة كثيرة جدا إلى أن قال : « فمن حكم على الناس بخلاف ما ظهر عليهم ؛ إستدلالاً على أن ما أظهروا يحتمل غير ما أظهروا ، بدلالة منهم ، أو غير دلالة ، لم يسلم عندنا من مخالفة التنزيل والسنة[3] » :

وقد أجيب عن هذه الأدلة ، بأنها توجب العمل بالظاهر ، وهذا أمر مسلم به عند عدم الدليل القاطع ، لكن إذا ثبت لدينا دليل قطعي ودليل ظني فهل نعمل بالظني ونترك القطعي . الحق أننا نتبع القطعي ونترك الظني وهذا يقول به المخالف أيضا ، فمن تعود تخمير العنب ليكون خمرا فهل نبيع له العنب تمسكا بإباحة البيع ، ونتغافل عما يتخذه هو وأمثاله من الفساد ، ولسنا نشك في أن دفع الفساد عن المجتمع فيه اجتلاب مصلحة كبرى ، واللّه الموفق .

واستدل ابن حزم كما يلي:

١ ـ قال تعالى : ﴿ ولا تقولوا لما تصف ألسنتكم الكذب هذا حلال وهذا حرام لتفتروا على اللّه الكذب[4] ﴾

وقوله سبحانه : ﴿قل أرأيتم ما أنزل اللّه لكم من رزق فجعلتم منه حراما وحلالا قل الله أذن لكم أم على الله تفترون ﴾[5] .

ففي هاتين الآيتين دليل على أن اللّه تعالى فصل الأحكام ، وبين الحلال

---

(١) سورة المنافقون آية٢ .
(٢) سورة التوبة آية ٩٥ .
(٣) الأم جـ ٧ ص ٢٩٤ ، إعلام الموقعين جـ ١ ص ٩٩ وما بعدها .
(٤) سورة النحل آية ١١٦ .
(٥) سورة يونس آية ٥٩ .

من الحرام فلا يصح لأحد أن يقول بتحريم ما أحل اللّه أو العكس ، وإلا كان كذبا وافتراء على اللّه وهذا لا يجوز .

٢ ـ أمر رسول اللّه ـ صلى اللّه عليه وسلم ـ من توهم في صلاته أنه أحدث ، أن لا يلتفت إلى ذلك ، وأن يستمر في صلاته ويظل باقيا على طهارته ، إلا أن يسمع صوتا أو يجد ريحا ، فلو كان الحكم بالاحتياط حقا لكانت الصلاة أولى ما احتيط لها ، ولكن اللّه تعالى لم يجعل لغير اليقين حكما ، فلا يجوز العمل بسد الذرائع في هذا القسم عملا بالأحوط كما زعموا وهو المطلوب .

وقد أكثر ابن حزم من الأدلة المؤدية في نظره إلى الإجتهاد ، بالرأي سواء كان قياسا ، أو استحسانا أو غيرها .

والجواب عنها هو الجواب الذي ذكرناه في الرد على موقفه من القياس ، والإستحسان[1] واللّه الموفق .

وبعد هذا العرض لأدلة المخالفين لسد الذرائع يتبين لنا أنها واهية لم تقوَ على إثبات مطلوبهم ، وتبقى دعوى الطرف الآخر القائل بسد الذرائع لكنها دعوى تحتاج إلى دليل ، وسنوافيك بعون اللّه تعالى بفيض من أدلتهم يثبت دعواهم ، وذلك بعد ذكر حكم القسم الرابع إن شاء اللّه تعالى .

حكم القسم الرابع :

وهو ما كان الفعل فيه مؤديا إلى المفسدة كثيرا لا غالبا ، بحيث أن هذه الكثرة ، لا تبلغ مبلغا يحمل العقل على ظن المفسدة فيه دائما ، وذلك كمسائل بيوع الآجال ، والبيوع الربوية ، مثل عقد السلم يقصد به عاقده ربا إستتر في بيع .

---

(١) أنظر حجية القياس الجزء الأول من هذا المؤلَّف ، أنظر البحث الأول في الإستحسان من هذا الجزء .

قال الشاطبي : وهذا النوع موضع نظر والتباس[1] فقد اختلف العلماء في هذا القسم أيضا ، أيؤخذ به ، فيبطل التصرف ، ويحرم الفعل ترجيحا لجانب الفساد ، أم لا يؤخذ به فلا يفسد العقد ، ولا يحرم الفعل أخذا بالأصل وهو الإذن ؟

لقد رجح الإمام أبو حنيفة والإمام الشافعي وابن حزم ، جانب الإذن ولم يحرموا الفعل ، ولم يفسدوا التصرف ، وذلك ، لأن الفساد ليس غالبا ، فلا يرجح جانبه ، ولأن أساس التحريم ، أو البطلان ، هو أنه ذريعة إلى باطل فاسد حرام ، ومع عدم الغالبية ، والقطعية ، لا يكون العقد ، أو الفعل ذريعة للبطلان ، فلا موجب للتحريم ، ولأن الأصل هو الإذن ، ولا يعدل عنه إلا بقيام دليل على الضرر فيه ، وما دام الأمر ليس غلبة ظن ، فإن أصل الإذن باق .

ولا شك أن ما قاله الإمام الشافعي وابن حزم في الإستدلال على مدعاهم في القسم الثالث يصلح للإستدلال هنا ، ويرد عليه ما سبق أن أوردناه فلا داعي للتكرار .

أما الإمام مالك والإمام أحمد ـ رحمهما اللّه تعالى : ـ فقد قررا أن الفعل يحرم ، والعقد يبطل للإحتياط ، ولأنه بكثرة الضرر مع أصل الإذن فقد وجد أصلان :

الأصل الأول : الإذن الأصلي .

والأصل الثاني : ما في الفعل أو العقد من كثرة الأضرار بغيره ، وإيلامه ، ويرجح جانب الضرر لكثرة المفاسد ، إذ دفع المضار مقدم على جلب المصالح .

ولقد وردت الآثار الصحاح ، بتحريم أمور كانت في الأصل مأذونا فيها ، لأنها تؤدي في كثير من الأحوال إلى مفاسد ، وإن لم تكن غالبة ، ولا مقطوعا

(١) الموافقات للشاطبي جـ ٢ ص ٣٦٢ .

بها ، كالنهي عن الخلوة بالمرأة الأجنبية ، وعن سفر المرأة من غير مصاحبة زوجها ، أو ذي رحم محرم منها ، وكان التحريم لما يترتب على ذلك من مفاسد ، وهي وإن كانت كثيرة ، إلا أنها ليست غالبة ، ولا مقطوعة .

قال القرافي : فيمن باع سلعة بعشرة دراهم إلى شهر ، ثم اشتراها بخمسة قبل الشهر : مالك يقول إنه أخرج من يده خمسة الآن ، ثم اشتراها بخمسة الآن ، وأخذ عشرة آخر الشهر ، فهذه وسيلة لسلف خمسة بعشرة دراهم إلى أجل ، بإظهار صورة البيع لذلك يكون باطلا .

والشافعي يقول : ينظر إلى صورة البيع ويحمل الأمر على ظاهره ، فيجوز ذلك .

قال الشاطبي في ذلك : والأصل فيه : الحمل على الأصل من صحة الإذن كمذهب الشافعي وغيره ثم قال : « ولأن العلم والظن بوقوع المفسدة منتفيان ، إذ ليس هنا إلا احتمال مجرد بين الوقوع ، وعدمه ، ولا قرينة ترجح أحد الإحتمالين على الآخر ، واحتمال القصد للمفسدة والاضرار ، لا يقوم مقام نفس القصد ، ولا يقتضيه لوجود العوارض من الغفلة وغيرها ، عن كونها موجودة أو غير موجودة .

وأيضاً فإنه لا يصح أن يعد الجالب أو الدافع هنا مقصرا ولا قاصدا ، كما في العلم والظن ، لأنه ليس حمله على القصد إليهما - أي إلى المفسدة - أولى من حمله على عدم القصد لواحد منهما ، وإذا كان كذلك ، فالتسبب المأذون فيه قوي جدا ، إلا أن مالكا اعتبره في سد الذرائع ، بناء على كثرة القصد وقوعا ، وذلك أن القصد لا ينضبط في نفسه ، لأنه من الأمور الباطنة ، لكن له مجال هنا وهو كثرة الوقوع في الوجود ، أو هو مظنة ذلك ، فكما اعتبرت المظنة وإن صح التخلف ، كذلك تعتبر الكثرة لأنها مجال القصد .

وأيضا : فقد يشرع الحكم لعلة مع كون فواتها كثيرا ، كحد الخمر ، فإنه مشروع للزجر ، والأزجار به كثير لا غالب ، فاعتبرنا الكثرة في الحكم بما هو على خلاف الأصل ، فالأصل عصمة الإنسان عن الإضرار به وإيلامه كما

أن الأصل في مسألتنا الإذن ، فخرج عن الأصل هنالك لحكمة الزجر ، وخرج عن الأصل هنا من الإباحة لحكمة سد الذريعة[1] .

وأما الحنابلة : فقد قالوا : بالمنع من الفعل ، ويبطل العقد إحتياطا فهم يقولون : بسد الذرائع أيضاً .

قال ابن بدران في كتابه (المدخل إلى مذهب أحمد) : « سد الذرائع هو مذهب مالك وأصحابنا[2] » .

وقال الطوفي في شرحه على مختصر الروضة : « قلت ومن مذهبنا أيضا سد الذرائع » وهو قول أصحابنا بإبطال الحيل ، ولذلك أنكر المتأخرون منهم علي أبي الخطاب ، ومن تابعه عقد باب في كتاب الطلاق يتضمن الحيلة على تخليص الحالف من يمينه في بعض الصور .

وجعلوه من بعض الحيل الباطلة وهي التوصل إلى المحرم بسبب مباح ، وقد صنف شيخنا ، تقي الدين أبو العباس أحمد بن تيمية ـ رحمه اللّه ـ كتابا بناه على بطلان نكاح المحلل ، وأدرج فيه جميع قواعد الحيل ، وبين بطلانها بما لا مزيد عليه »[3] .

وذكر شارح مختصر التحرير : إن الذرائع ما ظاهره مباح ، ويتوصل به إلى محرم سواء من الأقوال ، أو الأفعال ، وأنها تسد ، ومعنى سدها : المنع من فعلها لتحريمه[4] .

وأكثر من تكلم في سد الذرائع من الحنابلة العلامة ابن القيم في كتابه (الاعلام) فبعد أن بين أن العبرة في الشريعة بالمقاصد والنيات مثل لذلك بأمثلة كثيرة تكلم على سد الذرائع « وبين وجوب ذلك ، وحرر موضع النزاع

(١) الموافقات للشاطبي جـ٢ ص ٣٦١ وما بعدها ، بحوث في الأدلة المختلف فيها للأستاذ الدكتور محمد سعيد عبد ربه ص ٢٢٢ وما بعدها بتصرف .
(٢) المدخل إلى مذهب أحمد ص ١٣٨ .
(٣) شرح مختصر الروضة ورقة ٢٠٣ مخطوط .
(٤) المرجع السابق ورقة ٣٨٨ .

حيث قال في ذلك : لما كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب وطرق تفضي إليها كانت طرقها وأسبابها تابعة لها معتبرة بها ، ووسائل الطاعات والقربات في محبتها والإذن فيها ، بحسب إفضائها إلى غايتها وارتباطها بها .

فوسيلة المقصود تابعة للمقصود ، وكلاهما مقصود ، لكنه مقصود قصد الغايات وهي مقصودة قصد الوسائل .

فإذا حرم الرب تبارك وتعالى ـ شيئا وله طرق ووسائل تفضي إليه فإنه يحرمها ويمنع منها ، تحقيقاً لتحريمه وتثبيتاً له ، ومنعاً من أن يقرب حماه ، ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية إليه لكان ذلك نقضاً للتحريم وإغراء للنفوس به . وحكمته تعالى وعلمه تأبيان ذلك كل الإباء بل سياسة ملوك الدنيا تأبى ذلك . فإن أحدهم إذا منع جنده ، أو رعيته ، أو أهل بيته من شيء ، ثم أباح لهم الطرق والوسائل والذرائع الموصلة إليه لعد متناقضاً ، ولحصل من رعيته . وجنده ضد مقصوده . وكذلك الأطباء إذا أرادوا حسم الداء منعوا صاحبه من الطرق والذرائع الموصلة إليه وإلا فسد عليهم ما يرومون إصلاحه .

فما الظن بهذه الشريعة الكاملة التي هي في أعلى درجات الحكمة والمصلحة والكمال ؟ ومن تأمل ، مصادرها ومواردها علم أن اللّه تعالى ورسوله ـ صلى اللّه عليه وسلم ـ سدا الذرائع المفضية إلى المحارم ، بأن حرمها ، ونهى عنها . وبعد أن قرر وجوب سد الذرائع في الجملة واستدل على ذلك بتسعة وتسعين دليلا قال : (وباب سد الذرائع أحد أرباع التكليف ، فإنه أمر ونهي :

والأمر نوعان :

أحدهما : مقصود لنفسه : والثاني : وسيلة إلى المقصود . والنهي نوعان :

أحدهما : ما يكون المنهي عنه مفسدة في نفسه . والثاني : ما يكون وسيلة إلى المفسدة .

فصار سد الذرائع المفضية إلى الحرام أحد أرباع الدين)[1] :

وابن تيمية ـ رحمه الله ـ في كلامه عن إبطال الحيل إستدل على بطلانها بأربعة وعشرين وجها ، وذكر من هذه الوجوه أن الله سبحانه وتعالى سد الذرائع المفضية إلى المحرم بأن حرمها ونهى عنها[2] ثم قال : (والفرض هنا أن الذرائع حرمها الشارع ، وإن لم يقصد بها المحرم خشية إفضائها إلى المحرم ، فإذا قصد بالشيء نفس المحرم كان أولى بالتحريم من الذرائع)[3] .

والخلاصة أن الحنابلة يرون وجوب سد الذرائع ، ويطبقون هذا على بيوع الآجال ولو لم يقصد البائع الربا ، لأن هذا النوع من المعاملة يغلب فيه قصد الربا فيصير ذريعة . فيجب سده والمنع منه ، لئلا يتخذه الناس ذريعة إلى الربا ويقولون : لم نقصد به ذلك .

وأما الحنفية فإن ظاهر الأمر عدم الأخذ بسد الذرائع، إلا أنه بالإستقراء والتتبع نجد من فروعه ما يؤكد العمل بسد الذرائع كما في القسم الأول ، إلا أنه يقع تحت مسمى آخر .

قال الشاطبي ، وأما أبو حنيفة فإنه ثبت عنه جواز أعمال الحيل ، ولم يكن من أصله في بيوع الآجال إلا الجواز ، ولا يلزم من ذلك تركه لأصل سد الذرائع ، وهذا واضح ، إلا أنه نقل عنه موافقة مالك في سد الذرائع فيها ، وإن خالفه في بعض التفاصيل ، وإذا كان كذلك فلا اشكال[4] .

الادلة على حجية سد الذرائع

وقد استدل على حجية سد الذرائع بالقرآن الكريم ، ثم بالسنة النبوية ثم بأعمال الصحابة وإليك الكلام على ذلك بتفصيل :

---

(١) اعلام الموقعين جـ ٣ ص ١٣٥ إلى ١٥٨ .

(٢) الفتاوى الكبرى جـ ٣ ص ٢٥٦ .

(٣) المصدر نفسه ٣/ ٢٥٧ وما بعدها .

(٤) الموافقات جـ ٤ ص ٣٠٥ .

أولا : من القرآن الكريم :

١ - قوله تعالى : ﴿ ولا تسبوا الذين يدعون من دون اللّه فيسبوا اللّه عدوا بغير علم[1] ﴾ .

فحرم اللّه تعالى سب آلهة المشركين مع كون السب غيظاً وحمية للّه ، وإهانة لآلهتهم لكونه ذريعة إلى سبهم اللّه تعالى وكانت مصلحة ترك مسبته تعالى أرجح من مصلحة سبنا لآلهتهم وهذا كالتنبيه بل كالتصريح على المنع من الجائز لئلا يكون سبباً في فعل ما لا يجوز .

٢ - قوله تعالى : ﴿ ولا يضربن بأرجلهن ليعلم ما يخفين من زينتهن ﴾[2]

فمنعهن من الضرب بالأرجل وإن كان جائزا في نفسه لئلا يكون سببا إلى سمع الرجال صوت الخلخال فيثير ذلك دواعي الشهوة منهم إليهن .

وعلى هذا يمكن القول بتحريم مشية المرأة ومنعها منها إذا كانت تصنع في مشيتها ما يثير الفتنة ويكون ذلك من باب الذرائع لأن المشي في حد ذاته مباح لكنه يمنع إن كان مفضيا إلى مفسدة ، ولا معنى لسد الذرائع سوى هذا .

٣ - قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات ﴾الآية[3] .

ففي الآية الكريمة أمر اللّه سبحانه وتعالى مماليك المؤمنين ومن لم يبلغ منهم الحلم أن يستأذنوا عليهم في هذه الأوقات الثلاثة لئلا يكون دخولهم بغير استئذان فيها ذريعة إلى إطلاعهم على عوراتهم وقت إلقاء ثيابهم عند القائلة والنوم واليقظة ، ولم يأمرهم بالإستئذان في غيرها وإن أمكن في تركه حصول هذه المفسدة ، لندورها وقلة الإفضاء إليها فلم تعتبر[4] .

---

(١) سورة الأنعام آية ١٠٨ .

(٢) سورة النور آية ٣١ .

(٣) من سورة النور آية ٥٨ .

(٤) إعلام الموقعين لابن القيم جـ ٣ ص ١٣٤ .

٤ ـ وقال سبحانه : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تقولوا راعنا وقولوا أنظرنا واسمعوا وللكافرين عذاب أليم ﴾[1] .

فاللّه سبحانه وتعالى ينهى المؤمنين أن يقولوا للنبي صلى اللّه عليه وسلم « راعنا يا محمد » أي راقبنا وهذا معنى وجيه محمود لكن لما كانت كلمة راعنا قد تحمل على الرعونة فنهاهم اللّه سبحانه وتعالى عن ذلك حتى لا يكون ذريعة ووسيلة إلى أن يقولها الكفار لنبينا صلى اللّه عليه وسلم ويريدون إيذاءه بها حيث يريدون بذلك الرعونة ، فهذا نهي عن الجائز لأنه يؤدي إلى محرم وهو معنى سد الذرائع .

ثانيا : من السنة النبوية الشريفة :

١ ـ نهى الرسول صلى اللّه عليه وسلم عن الصلاة عند طلوع الشمس وعند غروبها وكان من الحكمة في ذلك أنها وقت سجود المشركين للشمس وكان النهي عن الصلاة في ذلك الوقت سداً لذريعة المشابهة الظاهرة التي هي ذريعة إلى المشابهة في القصد من فعل المشركين مع بعد هذه الذريعة ، فكيف بالذرائع القريبة .

٢ ـ أنه صلى اللّه عليه وسلم حرم الجمع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها وقال إنكم إذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم . حتى لو رضيت المرأة بذلك لم يجز ، لأن ذلك سبيل إلى قطع صلة الأرحام فمنع سداً للذريعة المحرمة وهي قطع صلة الأرحام . كما علل النبي صلى اللّه عليه وسلم ذلك .

٣ ـ أن النبي صلى اللّه عليه وسلم منع المقرض من قبول الهدية ، وكذلك أصحابه ، حتى يحسبها من دينه ، وما ذاك إلا لئلا يتخذ ذلك ذريعة إلى تأخير الدين لأجل الهدية فيكون ربا ، فإنه يعود إليه ماله وأخذ الفضل الذي استفاده بسبب القرض .

---
(١) سورة البقرة آية ١٠٤

ثالثاً : أقوال الصحابة[1] وأعمالهم :

١ - نهى عمر رضي اللّه عنه عن الصلاة تحت الشجرة التي كانت بيعة الرضوان عندها .

فقد روى أن الناس بعد وفاة الرسول صلى اللّه عليه وسلم وفي خلافة عمر كانوا يأتون إلى الشجرة التي كانت بيعة الرضوان تحتها ، فيصلون عندها ، فقال عمر : أراكم أيها الناس رجعتم إلى العزى ، ألا لا أوتي منذ اليوم بأحد عاد لمثلها إلا قتلته بالسيف ، كما يقتل المرتد ، ثم أمر بها فقطعت .

فقد خاف عمر - رضي اللّه عنه - من أن يرجع المسلمون إلى عبادة الأوثان بالتدريج وبخاصة أنهم كانوا قريبي عهد بجاهلية فسد عليهم الطريق إلى ذلك بنهيهم عن الصلاة عند هذه الشجرة وأمرهم بقطعها وهو من ألطف سد الذرائع .

٢ - توريث المطلقة في مرض الموت :

طلق عبد الرحمن بن عوف زوجته وهو مريض فورثها عثمان منه بعد انقضاء عدتها .

وروي أن شريحاً كتب إلى عمر بن الخطاب في رجل طلق امرأته ثلاثاً وهو مريض فأجاب أن ورثها ما دامت في عدتها ، فإذا انقضت العدة فلا ميراث لها .

فبعد اتفاقهما على أن طلاق المريض لا يزيل الزوجية بصفتها سبباً موجباً للإرث ، جعل لذلك عمر حداً وهو العدة ، ولم يجعل له عثمان حداً ، والحاصل اتفاقهما رضي اللّه عنهما بتوريث المطلقة المبتوتة في مرض الموت وذلك حيث يتهم المطلق بقصد حرمانها من الميراث وإن لم يقصد الحرمان ، لأن الطلاق ذريعة إليه .

---

(١) إعلام الموقعين جـ ٣ ص ١٤٥ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٦٨ ، تاريخ التشريع للخضري ص ٩١ .

٣ ـ إيقاع عمر الطلاق الثلاث بلفظ واحد :

الأصل في الطلاق أن يكون متفرقاً مرة بعد مرة مصداقاً لقوله تعالى : ﴿الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان[١]﴾.

والحكمة في تفريق الطلقات أن يكون للزوج فرصة يراجع فيها نفسه ، في أمر هذه العلاقة التي يحرص الشارع على استمرارها ، وبعد المرتين يقول اللّه تعالى : ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره[٢]﴾.

هذا هو الطلاق كما شرعه اللّه في القرآن ، مفرقا واحدة بعد واحدة ، لكن ما الحكم إذا ضيع الزوج على نفسه هذه الفرصة المتكررة ، وتعجل الفراق فجمع الثلاث في لفظ واحد ؟

لا نجد في القرآن الكريم كلاما عن جمع الثلاث في لفظ واحد ، لكنا نجد في السنة أن ركانة بن عبد يزيد طلق إمرأته ثلاثا في مجلس واحد ، فحزن عليها حزنا شديداً فسأله الرسول صلى اللّه عليه وسلم كيف طلقتها ؟

قال : ثلاثاً : قال : في مجلس واحد ، قال : نعم .

قال الرسول صلى اللّه عليه وسلم : فإنما تملك واحدة ، فأرجعها إن شئت ، فراجعها[٣].

ولكن الناس في عهد عمر بن الخطاب استهانوا بأمر الطلاق ، وكثر منهم إيقاعه جملة واحدة ، فرأى من المصلحة عقوبتهم بإمضائه عليهم ، لأنهم تركوا تقوى اللّه ، وتلاعبوا بكتاب اللّه ، وطلقوا على غير ما شرعه اللّه ، فألزمهم بما التزموه عقوبة لهم ، فإن اللّه إنما شرع الطلاق مرة بعد مرة ، ولم يشرعه مرة واحدة ومن فعله ، فقد تعدى حدود اللّه وظلم نفسه ولعب بكتاب

---

(١) سورة البقرة آية ٢٢٩ .

(٢) سورة البقرة آية ٢٣٠ .

(٣) إعلام الموقعين جـ٣ ص ٣٢ وأنظر بداية المجتهد جـ ٢ ص ٥٠ ونيل الأوطار جـ ٧ ص١٦ وما بعدها .

اللّه . فهو حقيق أن يعاقب ويلزم بما التزمه ولا يقر على رخصة اللّه وسعته ، وقد صعبها على نفسه ، ولم يتق اللّه ولم يطلق كما أمره اللّه وشرعه ، بل استعجل فيما جعل اللّه له الأناة فيه رحمة منه وإحسانا[1] .

فعمر إذن أوقع الثلاث بلفظ واحد ثلاثا كنوع من التعزير والعقوبة لمن يخالف أمر اللّه وشرعه في صورة الطلاق ، حيث شرع في القرآن متفرقا . فهو بهذا الإمضاء استعمل حقه في الإجتهاد[2] . ليرجع الناس إلى ما شرعه اللّه في القرآن وليسد الباب أمام المستعرضين لمظاهر سطوتهم في مواقف النزاع مع نسائهم .

ومما يدل على أن الإستهانة بأمر الطلاق وألفاظه بلغت حداً كبيراً في عهد عمر ،ما روي أن رجلا طلق امرأته ألف طلقة . . فقال له عمر أطلقت امرأتك ؟ قال : لا ، إنما كنت ألعب ، فعلاه عمر بالدرة وقال : إنما تكفيك من ذلك ثلاث[3] . فأوقعها عليه ثلاثا .

ولكن هل أفتى العلماء بمقتضى ما فعله عمر ـ رضي اللّه عنه ـ على مر العصور ؟ وافق كثير من العلماء عمر ـ رضي اللّه عنه ـ وخالفه آخرون[4]

وفتوى عمر هذه كانت لمصلحة الناس لأن أولو الأمر لو رأوا أنه من المصلحة إيقاعها ثلاثا أمضوها كما فعل عمر ، وإن رأوا أن المصلحة العامة في إيقاعها واحدة كما كانت حتى سنتين من خلافة عمر لهم ذلك .

وقال ابن القيم :

إن إيقاعها واحدة في العصور المتأخرة أكثر مراعاة للمصلحة وقطعا لذريعة فساد إجتماعي وهو انتشار التحليل حين كان يفتي بوقوعها ثلاثا فيلجأ الزوجان إلى ما كان عليه في زمن النبي صلى اللّه عليه وسلم وخليفته من الإفتاء بما يعطل

---

(١) اعلام الموقعين جـ ٣ ص ٤٩ ـ وما بعدها .

(٢) نيل الأوطار جـ ٧ ص ١٤ ، إعلام الموقعين جـ ٣ ص ٤٥ وما بعدها .

(٣) نيل الأوطار جـ ٧ ص ١٥

(٤) أنظر تفسير القرطبي جـ ٣ صـ ١٢٩

سوق التحليل أو يقللها أو يخفف شرها[1] .

ومع كثرة الأدلة التي قيلت في الإستدلال على سد الذرائع ، يرى القرافي أنها غير كافية في إلزام الخصم ، وعلل ذلك بأنها من القسم المتفق على سده . ووجه الإستدلال بهذه الأدلة أن يكون بطريق القياس ، بمعنى أن يجعل محل النزاع فرعا ، والقسم المتفق على منعه أصلا ، بجامع أن كلا منهما موصل إلى الحرام .

ولعل هذه الوجهة مفيدة ومقبولة عند من يقول بالقياس ، أما النافي للقياس فالدعوى تحتاج إلى أدلة أخرى يلزم القرافي إثباتها والإتيان بها .

خلاصة ذلك أن العلماء جميعا يقولون بسد الذرائع في الجملة دون التفصيل ، وكثير منهم يسدها لكن له إصطلاح آخر في التسمية وهذا حق له ولا مشاحة في الإصطلاح .

قال الشيخ أبو زهرة ـ رحمه الله ـ ونحن نميل إلى أن العلماء جميعا يأخذون بأصل الذرائع ، وإن لم يسموه بذلك الاسم[2] .

وبهذا يتبين أن سد الذرائع عبارة عن النظر إلى ما يؤول إليه فعل المكلف ، فهو في الواقع مقارنة بين ظاهر التصرف وما يؤدي إليه هذا التصرف ، وترجيح بين الأمرين :

فإن كان ما يؤول إليه مفسدته راجحة على مصلحته ، ترجح سده وحسمه وهذا هو سد الذرائع ، وإن احتمل الأمرين المفسدة والمصلحة ، ترجح أيضا المنع من المفسدة وهذا هو سد الذرائع وهو المراد بقولهم درء المفاسد مقدم على جلب المصالح .

وإن كان مفسدته مرجوحة ومصلحته راجحة كان العمل بالمصالح أولى ، وعلى هذا يمكننا القول إن سد الذرائع في حقيقته ترجيح بين أمرين وتسميته دليلا فيه شيء من التسامح والله الموفق .

(١) اعلام الموقعين لابن القيم جـ ٣ ص ٤٨ .
(٢) مالك لأبي زهرة ص ٣٧٠ .



البَحثُ الثامِن

في

العُرف



معنى العرف في اللغة :

العرف مأخوذ من عرف ، وعرف في الأصل تدل على أمرين :

أحدهما : تتابع الشيء متصلا بعضه ببعض .

والآخر : السكون والطمأنينة .

والعرف مثلث العين مع سكون الراء أي بفتح العين وكسرها وضمها مع سكون الراء في الثلاث.

قال ابن منظور : العرف والعرفان والعارفة بمعنى واحد أي ضد النكر وهو كل ما تعرفه الناس من الخير ، وقيل هو اسم ما تبذله وتسديه ، وقيل العرف بالضم ، والعرف بالكسر ، الصبر ، قال أبو دعبل الجمحي :

قل لابـن قيس أخـي الرقيات
ما أحسـن العـرف في المصيبات

وقيل العرف اسم من الإعتراف ، ومنه قولهم : له علي ألف عرفا أي إعترافا وعلى الجملة فإن الكلمة يغلب ورودها فيما ارتفع من المحسات ، وكرم من المعاني ، والمعنى الأخير منها يشعر بمتابعة البعض للبعض .

ويظهر أن استعماله في كل هذه المعاني ، بطريق الحقيقة ، كما يفهم من صنيع صاحب تاج العروس ، حيث لم يورد من الإستعمال المجازي إلا أعراف الريح والسحاب والضباب لأوائلها ، والعرف بمعنى موج البحر ،

واقتصر في الأساس على الأول[1] .

وقد وردت كلمة العرف في القرآن الكريم قال تعالى ﴿وأمر بالعرف[2]﴾ قال الزمخشري : «العرف هو المعروف الجميل من الأفعال» وجاء في الألوس وأمر بكل ما أمر اللّه تعالى به وعرفته بالوحي .

وقال تعالى : ﴿وعلى الأعراف رجال[3]﴾ قال الزجاج أي أعالي السور بين الجنة والنار.

وقال تعالى : ﴿والمرسلات عرفا[4]﴾ يجوز واللّه أعلم كما يفهم من الألوس أن يكون المراد : والمرسلات بالمعروف والإحسان .

معنى العادة في اللغة :

والعادة في اللغة هي : الديدن ، والديدان : الدأب والإستمرار على الشيء سميت بذلك لأن صاحبها يعاودها مرة أخرى جمعها عادات وعوائد[5] .

معنى العرف والعادة في الإصطلاح :

كان للعلماء في تعريف العرف والعادة إتجاهات مختلفة إليك بيانها :

الاتجاه الأول : أن العرف والعادة لفظان مترادفان ، وعلى هذا يكون تعريف أحدهما تعريفا للآخر ،وقد ذكر النسفي في كتابه المستصفى[6] تعريفا

---

(١) تاج العروس جـ ٦ ص ١٩٣ ، لسان العرب جـ ١١ ص ١٤٤ ، معجم مقاييس اللغة جـ ٤ ص ٢٨١ ، القاموس المحيط جـ ٣ ص ١٧٣ ، أقرب الموارد جـ ٢ ص ٧٦٩

(٢) سورة الأعراف آية ١٩٩ .

(٣) سورة الأعراف آية ٤٦ .

(٤) سورة المرسلات آية ١ .

(٥) لسان العرب جـ ٤ ص ٣١١ .

(٦) من العجب أن كثيرا من الكاتبين زعم أن المستصفي هو مستصفى الغزالي، وبعد البحث التام في كتب الغزالي لم أعثر على أي شيء مما نسب إليه ، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على إهمال

لها حيث قال : العرف والعادة ما استقر في النفوس من جهة العقول ، وتلقته الطباع السليمة بالقبول[1] » وقريبا من ذلك صرح ابن عابدين بذلك أيضا فقال : « العادة مأخوذة من المعاودة ، فهي بتكررها ومعاودتها مرة بعد أخرى ، صارت معروفة مستقرة في النفوس والعقول ، متلقاة بالقبول ، من غير علاقة ولا قرينة ، حتى صارت حقيقة عرفية ، فالعادة والعرف بمعنى واحد من حيث الما صدق ، وإن اختلفا في المفهوم[2]

وسار على ذلك أستاذنا المرحوم فضيلة الشيخ عبد الوهاب خلاف حيث قال : « والعرف والعادة في لسان الشرعيين ، لفظان مترادفان معناهما واحد » .

الاتجاه الثاني وهو قصر العادة على نوع من العرف يتمثل هذا في تعريف الكمال بن الهمام للعادة حيث قال : «العادة هي العرف العملي» وقال شارحه في ذلك : «العادة وهي الأمر المتكرر ولو من غير علاقة عقلية والمراد هنا العرف العملي لقوم[3]» .

ويكون تخصيص العرف بالقول ، والعادة بالفعل ، كما يفهم ذلك من أصول البزدوي وشارحه حيث قال : «تترك الحقيقة بخمسة أنواع » ثم قال « وتترك بدلالة الإستعمال والعادة » وفسر شارحه الإستعمال باللفظ ثم فسر العادة بقوله : « والعادة راجعة إلى الفعل[4] وصرح الفناري فقال : « حصر المشايخ قرينة المجاز في خمسة : ما بدلالة العرف قولا ، والعادة فعلا » .

الإتجاه الثالث وهو كون العادة أعم من العرف مطلقا ، إذ يطلق العرف على العادة الجماعية فقط ، بينما العادة تطلق على العادة الجماعية والعادة الفردية ،

بعض الباحثين حين يذكرون كلمة المستصفى مطلقة فتحمل على مستصفى الغزالي لشهرته وذيوع صيته بخلاف المستصفى للنسفي فانه لا بد وأن يذكر المسند إليه والله الموفق

(١) انظر المستصفى للنسفي جـ ١ ص ٢١٧ .

(٢) رسائل ابن عابدين جـ ١ ص ١٨٦ .

(٣) التيسير شرح التحرير لكمال بن الهمام جـ ١ ص ٣١٧ .

(٤) أصول البزدوي مع شرحه كشف الأسرار جـ ٢ ص ٩٥ . فصول البدائع في أصول الشرائع جـ ٢ ص ١٠٠ .

فيكون العرف أخص من العادة ، والعادة أعم منه ، ويكون كل عرف عادة ، وليس كل عادة عرفا يتمثل هذا في نهج القرافي حيث قال : « والعادة غلبة معنى من المعاني على الناس ، وقد تكون هذه الغلبة في سائر الأقاليم ، كالحاجة للغذاء ، والتنفس والهواء ، وقد تكون خاصة ببعض البلاد ، كالنقود والعيوب ، وقد تكون خاصة ببعض الفرق ، كالأذان للإسلام ، والناقوس للنصارى[1] ».

والخلاصة : إذا كنا رأينا من العلماء من جعل العرف والعادة بمعنى واحد .

ومنهم من فرق بينهما ، لكنا لم نجد أثرا في التطبيق العملي للعرف والعادة ، وهذا يجعلنا نقول إن التفرقة بين الكلمتين مجرد إصطلاح ولا مشاحة في الإصطلاح .

وبناء على ذلك يكون تعريف العرف ، هو تعريف للعادة ، وذلك لأن العرف هو الذي استمر ، والعادة هي ما استقرت في النفوس لأنها تنشأ بالتكرار مرة بعد أخرى واستمرارها يجعلها تستقر في النفوس فتسمى عرفا إذا تلقته الطباع السليمة بالقبول واستحسنته العقول، وبهذا يتبين أن العرف هو عادة أكثر القوم أو أغلبهم، ولا تكون العادة عرفا إلا إذا تعارفها أكثر القوم، ولو كانت فردية في أصل نشأتها.

الفرق بين العرف والإجماع :

وبعد تلك الدراسة يتضح أن الفرق بين العرف والإجماع ما يلي :

أولا : لا يشترط في تحقق العرف صدوره من عامة الناس ، وخاصتهم بل يكفي فيه ، صدوره من الغالبية العظمى ، ولا يؤثر فيه شذوذ البعض ، بخلاف الإجماع فإنه يشترط فيه الإتفاق التام عند الجمهور ، اللهم إلا ما ارتضاه ابن الحاجب من جواز إنعقاد الإجماع مع ندرة المخالف .

---

(١) شرح تنقيح الفصول للقرافي جـ ١ ص ١٤٣

ثانيا : يشترط في الإجماع إتفاق المجتهدين من أمة محمد صلى اللّه عليه وسلم في عصر .

أما العرف فالمعتبر فيه إتفاق المجتهدين والعوام أو غالبهم .

ثالثا : أن الحكم الثابت بالإجماع ، لا مجال لتغييره ، لأنه يكون كالحكم المستند إلى نص ، بخلاف الحكم المستند إلى العرف فإنه يتغير بتغير العرف .

رابعا : لا يعتبر العرف إذا كان مصادما للنص ، كما في شيوع التعامل بالربا الآن فإنه يعتبر عرفا فاسدا لا عمل له ، بخلاف الإجماع فإنه لا ينعقد باديء ذي بدء إذا كان سيؤ دي إلى مخالفة نص .

خامسا : لا يتحقق العرف إلا إذا تحقق فيه الدوام والإستمرار ، بخلاف الإجماع فإنه يتحقق بمجرد الإتفاق .

سادسا : إذا تحقق الإجماع وانعقد حسم باب الإجتهاد ، بخلاف العرف فإنه مع تحققه يجوز الإجتهاد .

أقسام العرف

ينقسم العرف إلى تقسيمات ثلاث باعتبارات مختلفة :

التقسيم الأول :

ينقسم العرف من حبث طبيعته الى قسمين :

أولا : عرف قولي : وهو أن يتعارف قوم ، إطلاق لفظ على معنى ، غير المعنى الموضوع له أصلا، بحيث يتبادر إلى الأفهام ذلك المعنى عند النطق به، من غير قرينة تبين ذلك.

مثاله : تعارف الناس على أن الولد يطلق على الإبن دون البنت ، مع أن اللغة تشمل الذكر والأنثى ، قال تعالى : ﴿ يوصيكم اللّه في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين[1] ﴾ . كما تعارفوا على أن لفظ اللحم يقصد به لحم الحيوان والطير دون السمك ، مع أن اللغة نصت على لحم السمك ، قال تعالى :﴿وهو الذي سخر البحر لتأكلوا منه لحما طريا[2] ﴾وتعارفهم على أن البيت المقصود به المكان الذي يسكنه الناس ، مع أن المسجد يسمى بيتاً أيضاً قال تعالى : ﴿ في بيوت أذن اللّه أن ترفع ويذكر فيها اسمه يسبح له فيها بالغدو والآصال[3] ﴾

فإذا أطلقت هذه الألفاظ على ألسنة الناس في ايمانهم أو تصرفاتهم فإنها تفسر بما تعورف عليه ، لا بأصل وضعها اللغوي .

---

(١) سورة النساء آية ١١ .

(٢) سورة النحل آية ١٤ .

(٣) سورة النور آية ٣٦ .

وعلى هذا جاء في رسالة ابن عابدين : يحمل كلام الحالف والناذر والموصي والواقف وكل عاقد على لغته وعرفه ، وإن خالفوا لغة العرب ولغة الشارع[1] .

ولأجل ذلك قال الفقهاء تفريعا على ذلك ما يلي :

١ ـ لو حلف إنسان أن لا يضع قدمه في دار فلان . إنصرفت اليمين إلى معنى دخول الدار لأنه المعنى العرفي ، لا إلى مجرد وضع القدم الذي هو الحقيقة اللغوية ، فلو دخلها راكبا دون أن تمس قدمه أرضها يحنث في يمينه شرعا وتجب عليه الكفارة . ولو مد رجله من خارجها فوضعها فيها دون أن يدخل لا يحنث[2] .

٢ ـ لو وقف مالا على ذريته وشرط أن توزع الغلة بينهم على الفريضة الشرعية فبعض العلماء يرى أن يكون للذكر مثل حظ الأنثيين ، وذلك حملا لكلمة : الفريضة الشرعية على المعنى العرفي للناس ، وعلى هذا التفسير يكون المراد بها التفاضل المعروف بين الذكر والأنثى في الميراث . وذهب البعض الآخر إلى التسوية بين الذكر والأنثى ، لأن العبرة بإرادة الواقف في توزيع غلة وقفه ، ولأن كلامه يجب تنزيله على لغة عرفه التي تعبر عن إرادته[3] .

ثانيا : العرف العملي : هو ما اعتاد الناس فعله في معاملاتهم وتصرفاتهم كتعارفهم على البيع بالتعاطي دون التقيد بلفظ الإيجاب والقبول .

وتعارفهم على تجزئة المهر وجعل جزء منه مقدما والآخر مؤخرا ، وتعارفهم على أن اطعام الأجير الخاص جزء من الأجرة ، وأن كسوته جزء آخر من الأجرة أيضاً ، وكتعارفهم على أن لا تزف الزوجة إلى زوجها إلا بعد قبض جزء من المهر .

---

(١) مجموعة رسائل ابن عابدين جـ ٢ ص ١٣٣ .
(٢) حاشية رد المختار على الدر المختار جـ ٣ ص ٨٤ .
(٣) رسائل ابن عابدين جـ ٢ ص ١٤٥ .

فهذه عادات جرى عليها عرف الناس، فإذا تم بينهم تصرف دون إشتراط ما يجري عليه العرف ، كان الفيصل فيه هو عرف الناس وعادتهم ، وقد قالوا المعروف عرفا كالمشروط شرطا .

التقسيم الثاني :

ينقسم العرف من حيث صدوره من كل الأشخاص أو بعضهم إلى قسمين :

١ ـ عرف عام : وهو ما اعتاده عامة الناس في كافة الأمصار ، وذلك كدخول الحمام من غير تقدير لزمان المكث ، ولا للماء المستعمل. ولا للأجرة وكعقد الإستصناع .

٢ ـ وعرف خاص : وهو ما اعتاده أهل بلد معين ، أو أصحاب مهنة خاصة ، مع مخالفة بقية البلدان أو أهل الحرف الأخرى الذين لهم في ذلك ، كتعارف بعض البلاد الإسلامية على إلتزام الزوج بتقديم هدايا معينة لبعض أقارب الزوجة عند زواجه ، وكتعارف بعض الصناع على ضمانهم ما صنعوا ملة معينة ، ولا يستحقون الأجر المتفق عليه إلا بعد ثبوت صلاحيته ، وكتقديم هدية من البائع إلى المشتري في بعض البلدان ، وفي بعضها الآخر العكس وهذا في الزروع والثمار .

وهذا القسم ليس له قوة القسم الأول ، لأن القسم الأول نسب إلى الحنفية أنهم يتركون به القياس ، ويخصصون به العام[1] . والواقع أن مثل هذا ليس مستنده العرف وحده ، بل إقرار الصحابة وإجماعهم عليه ، أو جريانه في العصر النبوي صلى اللّه عليه وسلم ، وإقراره له ، كل ذلك مما يعتمد عليه في المسألة لا العرف مجردا ، وقال الشاطبي : « وهذا لم يستقل به الحنفية وحدهم ، بل قال به غيرهم» وإن اختلفوا في تسمية ما استدلوا به[2] .

---

(١) رسائل ابن عابدين جـ ١ صـ ١٨٦ .
(٢) الموافقات للشاطبي جـ ٢ صـ ٢٢٠ .

أما القسم الثاني هذا فإنه أدنى من القسم الأول ، لأنه مما تختلف به الفتاوى والأحكام في المجال التطبيقي ، وهو الذي يعبر عنه بقولهم : لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان .

التقسيم الثالث :

ينقسم العرف من حيث كونه مشروعا ، وغير مشروع إلى قسمين :

١ ـ صحيح : وهو ما تعارف عليه الناس ، كلهم أو بعضهم عليه ، ولم يدل دليل من الشارع على فساده وبطلانه .

٢ ـ عرف فاسد وهو ما تعارفه الناس وكان مخالفا للشرع مثل تعارف الناس على أن المؤجل من الثمن الذي بيع به يكون بفائدة متعارفة عندهم ، فإن هذا « ربا » حتى ولو لم ينص عليه في العقد ،فإن من القواعد المقررة « أن المعروف عرفا كالمشروط شرطا » فتكون هذه الزيادة ربا ، لأنها صارت بالعرف في حكم المنصوص عليها ، وقد عرف الربا شرعاً بأنه : « فضل خال عن عوض بعقد » .

ومن هذا العرف الفاسد : ما تعارف عليه الناس من صنع أهل الميت طعاما للمعزين ، فقد روي عن جرير بن عبد اللّه رضي اللّه عنه قال : « كنا نعد الإجتماع إلى أهل الميت ، وصنعهم الطعام من النياحة »[1] .

ومثل ذلك عمل المآتم ، وإحياء يوم الأربعين من موت الميت ، ونقل الطعام إلى القبور في المواسم والأعياد،بل إن المأثور عن الرسول صلى الله عليه وسلم غير ذلك فقد ورد عنه أنه قال : « إصنعوا لآل جعفر طعاما فقد جاءهم ما يشغلهم »[2] .

وما أكثر العرف الفاسد في المآتم والأفراح ، فهذه عادات على المسلمين

(١) رواه الإمام أحمد وابن ماجه بإسناد صحيح .
(٢) رواه الترمذي وحسنه وصححه الحاكم .

الاقلاع عنها ومحاربتها لأنها مخالفة لأمر الشارع ، وقواعده[1] .

التقسيم الرابع :

قسم الشاطبي العرف من حيث ثبوته واستقراره إلى قسمين ، حيث قال: العوائد المستمرة ضربان :

أحدهما : العوائد الشرعية التي أقرها الدليل الشرعي أو نفاها ، ومعنى ذلك ، أن يكون الشرع أمر بها إيجابا أو ندبا ، أو نهى عنها كراهة أو تحريما أو أذن فيها فعلا أو تركا .

والضرب الثاني : هي العوائد الجارية بين الخلق بما ليس في نفيه ولا إثباته دليل شرعي .

ثم قال عن الضرب الأول: «أنه ثابت أبدا كسائر الأمور الشرعية ، كما قالوا في سلب العبد أهلية الشهادة ، وفي الأمر بإزالة النجاسة ، وطهارة المتأهب للمناجاة ، وستر العورات ، والطواف بالبيت على العري . وما أشبه ذلك من العوائد الجارية في الناس ، إما حسنة عند الشارع ، أو قبيحة . فإنها من جملة الأمور الداخلة تحت أحكام الشرع ، فلا تبديل لها ، وإن اختلفت آراء المكلفين فيها ، لأنها نص عليها الشارع بخصوصها ، وأثبت لها حكما شرعيا ، فتغير عادة الناس فيها من استقباح إلى استحسان . لا يغير حكم الشرع عليها ، فلا يصح أن ينقلب الحسن فيها قبيحا ، ولا القبيح حسنا ، حتى يقال مثلا : إن قبول شهادة العبد ، لا تأباه محاسن العادات ، فلنجزه ، أو إن كشف العورة الآن ليس بعيب ولا قبيح ، فلنجزه . أو غير ذلك ، إذ لو صح مثل هذا ، لكان نسخا للأحكام المستقرة المستمرة . والنسخ بعد موت النبي صلى الله عليه وسلم : باطل ، فرفع العوائد الشرعية باطل» .

وأما عن الضرب الثاني فقال : « وأما الثاني فقد تكون العوائد ثابتة ، وقد تتبدل ، ومع ذلك فهي أسباب لأحكام تترتب عليها .

(٣) مصادر التشريع فيما لا نص فيه ص ١٤٦ وما بعدها .

فأما العوائد الثابتة : فكوجود شهوة الطعام والشراب ، والوقاع ، والنظر ، والكلام ، والبطش ، والمشي ، وأشباه ذلك . وإذا كانت أسبابا لمسببات حكم بها الشارع فلا إشكال في إعتبارها والبناء عليها ، والحكم على وفقها دائما .

وأما العوائد المتبدلة فلها خمس صور :

١ ـ ما يكون متبدلا في العادة من حسن إلى قبح . وبالعكس ، مثل كشف الرأس . فإنه يختلف بحسب البقاع في الواقع ، فهو لذوي المروءات قبيح في البلاد المشرقية ، وغير قبيح في البلاد الغربية ؛ فالحكم الشرعي يختلف باختلاف ذلك ، فيكون عند أهل المشرق قادحا في العدالة ، وعند أهل الغرب غير قادح .

٢ ـ ومنها ما يختلف في التعبير عن المقاصد ، فتنصرف العبارة عن معنى إلى معنى عبارة أخرى . إما بالنسبة إلى اختلاف الأمم كالعرب مع غيرهم ، أو بالنسبة إلى الأمة الواحدة ، كاختلاف العبارات بحسب أرباب الصنائع في صنائعهم مع اصطلاح الجمهور ، أو بالنسبة إلى غلبة الإستعمال في بعض المعاني ، حتى صار ذلك اللفظ ، إنما يسبق منه إلى الفهم معنى ما ، وقد كان يفهم منه قبل ذلك شيء آخر ، أو كان مشتركا فاختص به ، وما أشبه ذلك . والحكم أيضا يتنزل على ما هو معتاد فيه ، بالنسبة إلى من اعتاده ، دون من لم يعتده ، وهذا المعنى يجري كثيرا في الإيمان والعقود والطلاق ، كناية وتصريحاً .

٣ ـ ومنها ما يختلف في الأفعال في المعاملات ونحوها ، كما إذا كانت العادة في النكاح قبض الصداق قبل الدخول ، أو في البيع الفلاني أن يكون بالنقد لا بالنسيئة ، أو بالعكس ، أو إلى أجل كذا دون غيره ، فالحكم أيضا جار على ذلك حسبما هو مسطور في كتب الفقه .

٤ ـ ومنها ما يختلف بحسب أمور خارجة عن المكلف ، كالبلوغ ، فإنه

يعتبر فيه عوائد الناس ، من الإحتلام أو الحيض ، أو بلوغ سن من يحتلم ، أو من تحيض ، وكذلك الحيض يعتبر فيه ، إما عوائد الناس بإطلاق ، أو عوائد لدات المرأة أو قراباتها ، أو نحو ذلك ـ فيحكم لهم شرعاً بمقتضى العادة في ذلك الإنتقال .

٥ ـ ومنها ما يكون في أمور خارقة للعادة ، كالبائل أو المتغوط من جرح حدث له ، حتى صار المخرج المعتاد في الناس بالنسبة إليه كالعدم ، فإنه إن لم يصر كذلك فالحكم للعادة العامة ، فإن الحكم عليه يتنزل على مقتضى عادته الجارية له المطردة الدائمة[1] .

حجية العرف

ليس معنى حجية العرف هنا . كونه مصدرا من مصادر التشريع وأدلة الفقه ، فالعلماء لا يقصدون بالحجية هذا المعنى ، كما لا يقصدون أن العرف ينشيء الأحكام ، كالكتاب الكريم ، أو السنة النبوية . أو الإجماع .

وإنما يقصدون بحجية العرف ، أن نصوص الشارع ، وعبارات المتعاملين ، تفسر وفقا للعرف الجاري بينهم ، دون الوقوف على معاني تلك الألفاظ في أصل وضع اللغة .

وعلى هذا المراد يحمل كلام بعض كتاب الأصول ، بعد العرف من بين مصادر التشريع وأدلة الفقه .

والظاهر أن علماء المذاهب الفقهية متفقون على اعتبار العرف في الجملة ، دون التفصيل ، إذ يوجد بينها شيء من التفاوت في بعض المسائل ، ولتوضيح ذلك نعرض ما يلي :

أولا : أن ما تعارف عليه الناس . إذا كان يتفق مع مقتضى الحكم الشرعي ، الثابت بدليل آخر غير العرف ، بحيث يكون عين الحكم في

---

(١) الموافقات جـ ٢ ص ٢٨٣ وما بعدها .

أحدهما ، هو عين الحكم في الآخر ، سواء أوجده الشارع ابتداء ، أو كان متعارفا بين الناس ، فدعا إليه وأكده ، ففي هذه الحالة يجب التمسك بالدليل الشرعي أمرا كان أو نهيا ولا نظر للعرف حينئذ استمر هذا العرف أو تبدل بلا خلاف من العلماء .

ومثل له أستاذنا فضيلة الشيخ عبد الرحمن تاج ، بالتجمل بالملابس الحسنة النظيفة عند العبادة والمناجاة ثم قال : « فإن الشريعة قد قررت هذه الأحكام بأدلة نقلية »[1] .

وهذا هو الذي عناه الشاطبي عند تقسيمه العوائد إلى شرعية ، وأخرى جارية بين الخلق ، ومثل له بسلب العبد أهلية الشهادة ، وفي الأمر بإزالة النجاسات إلى أن قال : فإنها من جملة الأمور الداخلة تحت أحكام الشرع فلا تبديل لها . . الخ وقد تقدم[2] .

وقد أشار إلى ذلك السيوطي عند كلامه على تعارض العرف مع الشرع فقال : والثاني أن يتعلق به - أي بالإستعمال الشرعي - حكم ، فيقدم على عرف الإستعمال ، فلو حلف لا يصلي ، لم يحنث إلا بذات الركوع والسجود ، أو لا يصوم ، لم يحنث بمطلق الإمساك .

فمؤدى كلام الشاطبي والسيوطي أن العرف الشرعي إذا كان فيه حكم شرعي وجب العمل به ، ولا يمكن أن يغيره شيء مهما اختلفت الأمصار والأزمان .

ثانيا : ما كان من العوائد المتبدلة من حسن إلى قبح ، وبالعكس ، مثل كشف الرأس فإنه يختلف بحسب البقاع في الواقع ، فهو لذوي المروءات قبيح في البلاد المشرقية ، وغير قبيح في البلاد الغربية فإذا جاء النص بأحكام مطلقة عن البيان والتفصيل ، يمكن تطبيقها مهما اختلفت الظروف وتبدلت الأحوال ، وترك تفصيل هذه الأحكام إلى العلماء الراسخين ، يقضون فيها

(١) السياسة الشرعية ص ٧٨ .

(٢) الموافقات للشاطبي جـ ٢ ص ٢٨٣ .

بالعرف وبما تقتضيه المصلحة ، فلا نعلم خلافا في جواز إستناد هؤلاء العلماء إلى العرف حينئذ .

مثال ذلك : قوله تعالى : ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم[1]﴾ فإن النص شرط العدالة في الشهادة ، واستنبط العلماء أن ما يخل بالمروءة يسقط العدالة ، ومعلوم أن مما يخل بالمروءة أمور ثابتة كالبول في الطريق ، وأمور متبدلة تتغير بحسب العادات والأحوال ، مثل كشف الرأس ، فإنه يخل بمروءة الفقيه في بلد لم يعتادوه ، كما في كثير من البلاد العربية ، ولا يخل بمروءة الفقيه في بلد اعتادوه ، كما في بلاد أوروبا .

ففي هذا المثال قد نص الشارع على إشتراط العدالة ، وأحال النلس في تطبيقها إلى العرف[2] .

ومن هذا النوع قوله تعالى : ﴿لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه اللّه﴾[3] .

فقد أوجبت هذه الآية نفقة الزوجات بقدر الوسع ، ولم تبين مقدار تلك النفقة . فرجع الجمهور في تحديد المقدار إلى العرف ، قال ابن قدامة : الصحيح رد الحقوق المطلقة إلى العرف ، فيما بين النلس في نفقاتهم ، في حق الموسر ، والمعسر ، والمتوسط ، كما رددناه في الكسوة إلى ذلك[4] .

ومن هذا النوع أيضا : ما رواه أبو داود عن النبي صلى اللّه عليه وسلم أنه قال : « من أحيا أرضا ميتة فهي له »[5] . فالحديث أفاد أن من عمر أرضا لم تعمر فهي مملوكة له ، وشبهت عمارتها بإحياء الموتى لما فيها من إحداث منفعة بأمر جائز ، فجعل الحديث عمارة الأرض التي لم تعمر يحصل بها

(١) سورة الطلاق آية٢ .

(٢) العرف والعادة لأستاذنا الدكتور محمد فهمي أبو سنه ص ٤٥ وما بعدها .

(٣) سورة الطلاق آية ٧

(٤) المغني لابن قدامة جـ ٨ ص ٣١٧ .

(٥) الحديث رواه أبو داود والترمذي .

الملك ، ولكنه لم يبين ما تتحقق به هذه العمارة ، فاعتمد الفقهاء على العرف في هذا .

قال النووي والمحلي في المنهاج وشرحه : يختلف الأحياء بحسب الغرض منه ، فإن أراد سكنا إشترط لحصوله تحويط البقعة بآجر أو لبن أو نحوهما ، بحسب العادة ، سقف بعضها ، وتعليق باب ، لأنه العادة في ذلك ، وإن أراد زريبة دواب إشترط تحويط البقعة لا سقفها ، لأن العادة فيها عدمه وإن أراد بستانا فيشترط جمع التراب حول الأرض إن لم تجر العادة بالتحويط ، أو التحويط حيث العادة[1] .

ثالثا : العرف اللاحق بالنسبة للعرف السابق :

أجاز بعض العلماء العدول عن العرف السابق للعرف اللاحق ، مثال ذلك : إتفاق أبي حنيفة وأصحابه على عدم جواز الإستئجار على تعليم القرآن ، وكذا على الإمامة ، والأذان ، وقالوا : لا يجوز أخذ الأجرة على شيء من هذا .

ثم جاء بعض المتأخرين من الفقهاء ، وجوزوا هذا الإستئجار وأخذ الأجرة عليه ، وسندهم أن الزمن قد تغير ، وأصبح للناس عرف حادث ونظام جديد ، إنقطع به ما كان مخصصا لمعلمي القرآن ، وللأئمة ، والمؤذنين ، من العطاء الذي كان لهم في بيت المال ، فلو اشتغل المعلمون والأئمة والمؤذنون بلا أجرة ، لزم ضياعهم وضياع عيالهم ، ولو اشتغلوا بالإكتساب من حرفة وصناعة ، لزم ضياع القرآن والدين ، وتعطلت شعائر المسلمين ، مع أن أدلة الشرع العامة تمنع من تعطيلها .

ومن هذا النوع أيضا قول أبي يوسف ومحمد : لا يكتفى بظاهر العدالة في الشهادة ، فإن هذا القول مخالف لما نص عليه أبو حنيفة من الإكتفاء بظاهرها .

فإن قول أبي حنيفة كان مبنيا على ما عرف في زمنه من غلبة العدالة ،

(١) قليوبي وعميرة على المنهاج جـ ٣ ص ٩٠ وما بعدها .

لأنه كان في الزمن الذي شهد له رسول الله صلى الله عليه وسلم بالفضل والخير .

وأما أبو يوسف ومحمد فقد أدركا الزمن الذي فشا فيه الكذب ، فكان رأيهما مبنيا على ما عرف في زمنهما ، ولذا قال ابن عابدين : هذا الإختلاف إختلاف عصر وأوان لا إختلاف حجة وبرهان[1] .

رابعا : إذا وقع العرف القولي الخاص ، في مقابلة اللفظ العام ، كان هذا العرف القولي مخصصا للعام بالإجماع ، وذلك كأن يتعارفوا على إطلاق لفظ الدابة على الحمار خاصة ، وعلى إطلاق لفظ الدراهم على النقد الغالب ، ثم يقول أحدهم : ليس لفلان عندي دابة ولا دراهم، فالمنفي حينئذ هو الحمار والنقود الغالبة فقط .

أما العرف العملي الخاص بقوم ، فإنه يكون مخصصا للعام الواقع في تخاطبهم ، بالإتفاق . قال الغزالي : عادة الناس تؤثر في تعريف مرادهم من ألفاظهم ، حتى إن الجالس على المائدة إذا طلب الماء يفهم منه الماء العذب البارد ، لكن لا تؤثر في تغيير خطاب الشارع لهم[2] .

وقال النووي في المنهاج : من حلف لا يأكل الرؤوس ولا نية له، حنث بأكل رؤوس تباع وحدها، وهي رؤوس الغنم والبقر والإبل، لا برؤوس طير وحوت ، إلا ببلد تباع فيه مفردة ، فيحنث بأكلها فيه ، وهل يعتبر نفس البلد الذي يثبت فيه العرف أم كون الحالف من أهله ؟ وجهان . وإذا حلف لا يأكل اللحم ، حمل اللحم على لحم الإبل والبقر والغنم والوحش والطير المأكولين فيحنث بأكل لحمها ، ولا يحنث بأكل سمك وجراد لأنهما لا يفهمان عرفا من إطلاق لفظ اللحم[3] .

وقال الشرقاوي : من حلف لا يأكل رأسا ، ولا نية له ، يحنث بأكل

---

(١) رسائل ابن عابدين جـ ٢ ص ١٢٦

(٢) المستصفى للغزالي جـ ٢ ص ١١٢ .

(٣) قليوبي وعميرة على المنهاج جـ ٤ ص ٢٧٩ وما بعدها ،

رأس الطير والصيد إن اعتيد ببيعه منفردا[1] .

خامساً : إذا ورد دليل شرعي عام ، وعارضه العرف في بعض أفراده ، فإن كان العرف عاماً صح تخصيص الدليل الشرعي به عند الحنفية والمالكية كالإستصناع الموجود في البلاد كلها .

وقال ابن عابدين : تجويز الإستصناع بالعرف العام تخصيص منا للنص الذي ورد في النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان ، لا ترك للنص أصلا ، لأنا عملنا بالنص في غير الإستصناع .

وقال : إن كان العرف خاصا فمشايخنا لم يجوزوا التخصيص به . واستدلوا بأن ذلك تعامل أهل بلدة واحدة ، وتعامل أهل بلدة لا يخصص الأثر ، لأن تعامل أهل بلدة إن اقتضى جواز التخصيص ، فترك التعامل من من أهل بلدة أخرى يمنع التخصيص ، فلا يثبت التخصيص بالشك[2] .

وكلام الحنفية هذا يظهر فيه العموم أي يشمل كل عرف قوليا كان العرف أو عمليا ، وخالف الجمهور من الشافعية والحنابلة في العرف العملي دون القولي .

وعلى هذا : لو قال الشارع حرمت على الحاج التعرض للدواب ، حملت الدواب على ذات الأربع فلا يحرم التعرض للبط والإوز ونحوهما .

وإنما جاز ذلك عند الجمهور فلأن الشريعة نزلت بلسان عربي ، وقد جرى العرف العربي على تخصيص لفظ الدواب بذوات الأربع .

وأما عند الحنفية فكان جوازه ، لأنه المتبادر من إطلاق اللفظ ولهذا قالوا : لا فارق بين العرفين العملي والقولي في جواز التخصيص بكل ، لأن الموجب للتخصيص هو تبادر المعنى الخاص وهو متحقق في العملي والقولي[3] .

(١) حاشية الشرقاوي على شرح للتحرير لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري جـ ٢ ص ٤٤٦ .
(٢) رسائل ابن عابدين جـ ٢ ص ١١٦ .
(٣) فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت جـ ١ ص ٣٤٥ .

ولأن الشافعية يمنعون التخصيص بالعرف العملي العام قال الغزالي : إذا تعارف الناس على تناول طعام مخصوص كالبر ، وعلى تناول شراب مخصوص ثم قال النبي صلى اللّه عليه وسلم : « حرمت عليكم الطعام والشراب » فلا يقتصر هذا التحريم على معتادهم ، بل يدخل فيه لحم السمك والطير وما لا يعتاد .

واستدل الغزالي بأن الحجة في لفظ الشارع وهو عام ، وألفاظ الشارع غير مبنية على عادة الناس ومعاملاتهم ، فيدخل في الطعام والشراب المحرمين أكل التراب وشرب البول ، وهذا بخلاف لفظ الدابة ، فإنها تحمل على ذوات الأربع خاصة ، لعرف أهل اللسان في تخصيص اللفظ ، وقصره على ذوات الأربع[1] .

أدلة حجية العرف

ذكرنا أن العلماء متفقون على اعتبار العرف في الجملة لا في التفصيل ، وقد استندوا لإثبات حجية العرف بأدلة أهمها ما يلي :

أولا : الكتاب الكريم :

قال تعالى : ﴿ خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين ﴾[2] .

وجه الإستدلال : أن اللّه تعالى ، أمر نبيه صلى اللّه عليه وسلم ، بالعرف وهو ما يتعارفه الناس ، أو يكون من عاداتهم ، ويتعاملون به في معاملاتهم فكان هذا الأمر من اللّه دليلا على اعتباره في الشرع ، وإلا لما كان للأمر به فائدة[3] ،

وقد استدل بها القرافي[4] ، والطرابلسي[5] على وجوب القضاء بموجب

---

(١) المستصفى للغزالي جـ ٢ ص ١١١ وما بعدها .

(٢) سورة الأعراف آية ١٩٩ .

(٣) العرف والعادة ص ٢٣ .

(٤) الفروق للقرافي جـ ٣ ص ١٤٩ .

(٥) معين الحكام ص ١٦٠ .

العرف تحقيقا لصيغة الأمر .

وعلق الأستاذ الدكتور مصطفى الزرقا وقال : « ولا يخفى أن العرف في هذه الآية الكريمة ، واقع على معناه اللغوي ، وهو الأمر المستحسن المألوف ، لا على معناه الإصطلاحي الفقهي ، ولكن توجيه هذا الإستدلال هو : أن العرف وإن لم يكن مرادا به في الآية المعنى الإصطلاحي، لكنه قد يستأنس به في تأييد إعتبار العرف بمعناه الإصطلاحي ، لأن عرف الناس في أعمالهم ومعاملاتهم ، هو ما استحسنوه وألفته عقولهم ، والغالب أن عرف القوم ، دليل على حاجتهم إلى الأمر المتعارف ، فاعتباره يكون بمعنى الأمور المستحسنة[1] .

وفي نظري أن وجهة الدكتور الزرقا مبنية على التفرقة بين العرف اللغوي والعرف الإصطلاحي ، والحق أن العرف الإصطلاحي فرد من أفراد العرف اللغوي ، ولعل ما يؤيد وجهتنا ما ذكره العلماء من العلاقة بين التعريفين .

ثم على فرض التسليم بما ذهب إليه أستاذنا الدكتور الزرقا فإن الآية لا تصلح للإستدلال لما يلي :

١ ـ سياق الآية يدل على أن العرف المأمور به في الآية ، هو ما عرف في الشرع حسنه ، لا ما استحسنه الناس بعقولهم فالآية ليست في محل الإستدلال .

٢ ـ لو كان المراد من الآية أعراف الناس وعاداتهم ، لكان أمرا باعتبار عادات الجاهلية ، والرسول صلى اللّه عليه وسلم جاء لتغييرها .

٣ ـ أن الآية مكية ، والتشريع في مكة لم يعن بالأحكام الفرعية العملية التي يحكم فيها بالعرف ، وإنما الآية وردت في الحث على مكارم الأخلاق .

٤ ـ ذكر إبن العربي في تفسير قوله تعالى : ﴿ وأمر بالعرف ﴾ أربعة أقوال :

الأول : العرف : المعروف قاله عروة .

---

(١) المدخل الفقهي العام جـ ١ ص ١٠٩ .

الثاني : قول : لا إله إلا الله .

الثالث : ما يعرف أنه من الدين .

الرابع : ما لا ينكره الناس من المحاسن التي اتفقت عليها الشرائع[1] .

وعلى هذا فالآية تحتمل كل هذه المعاني ، وقد قالوا إذا تطرق إلى الدليل الإحتمال سقط به الإستدلال .

فإن قيل ثبت أن الرسول صلى اللّه عليه وسلم حكم في بعض المسائل بما وافق عرف الناس .

قلنا لعل ذلك كان بطريق الوحي ، لا بالعرف ، فالإحتمال فيه قائم أيضاً .

ثانيا : من السنة :

قول الرسول صلى اللّه عليه وسلم : « ما رآه المسلمون حسنا ، فهو عند اللّه حسن » .

قالوا في وجه الإستدلال : إن ما استحسنه المسلمون ، وتعودوا عليه ، وتلقته عقولهم بالقبول ، وارتضته طباعهم يكون حسنا عند اللّه تعالى ، وما كان حسنا عند اللّه وجب إتباعه .

ونوقش هذا الدليل كما يلي :

١ ـ قال العلائي في هذا الحديث : « لم أجده مرفوعاً في شيء من كتب الحديث أصلا ، ولا بسند ضعيف بعد طول البحث ، وكثرة الكشف والسؤال وإنما هو من قول عبد اللّه بن مسعود ـ رضي اللّه عنه ـ موقوفا عليه ، أخرجه أحمد في مسنده[2] .

---

(١) أحكام القرآن لابن العربي جـ ٢ ص ٨١٢ .
(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٩ .

٢ ـ فإن قيل أدنى ما يقال فيه أنه قول صحابي وقد ثبت في هذا المؤلف حجية قول الصحابي عند جميع الأئمة[١] ،

قلنا إنه لا يكون دليلا على حجية العرف ، لأن قوله « المسلمون » يشمل جميع المسلمين ، فيكون المراد به إجماعهم ، لا ما تعارفوا عليه والإجماع دليل شرعي[٢] .

٣ ـ وقال السيد تقي الحكيم : إن العرف لا علاقة له بعوالم الحسن ، لعدم ابتنائه عليها غالبا ، وما أكثر الأعراف غير المعللة لدى الناس ، والمعلل منها الذي يدرك العقل وجه حسنه نادر جدا »[٣] .

ثالثا : الواقع :

فقد جاءت نصوص من الكتاب والسنة مطلقة عن البيان والتفسير ، وترك بيانها لعرف الناس ، ولعل هذا من أقوى الأدلة على اعتبار العرف .

منها : قوله تعالى: ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف[٤] ﴾.

فبين سبحانه وتعالى حق المولود في الرزق والكسوة ، ولم يقدره بقدر معين ، بل أسند ذلك إلى العرف .

ومنها قوله تعالى : ﴿ لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه اللّه ﴾وقد سبق الكلام عليها .

ومن السنة قوله صلى اللّه عليه وسلم لهند زوجة أبي سفيان : « خذي أنت وبنوك ما يكفيك بالمعروف »[٥] .

فالرسول صلى اللّه عليه وسلم أذن لها أن تأخذ من مال زوجها ما يكفيها

---

(١) أنظر بحث مذهب الصحابي من هذا المؤلف .

(٢) الإحكام للآمدي جـ ٤ ص ١٥٩ ، الأحكام لإبن حزم جـ ٦ ص ٧٥٩ وما بعدها .

(٣) الأصول العامة للفقه المقارن ص ٤٢٤ .

(٤) سورة البقرة آية ٢٣٣ .

(٥) الحديث رواه الجماعة إلا الترمذي من حيث عائشة أنظر الجامع الصغير جـ ١ ص ٥٢٧

وولدها ولم يضع حدا معينا لقدر ما تأخذ بل ترك ذلك للعرف .

ومن ذلك قوله صلى اللّه عليه وسلم : « من أحيا أرضا ميتة فهي له » وقد سبق الكلام عليه .

ومن ذلك قوله صلى اللّه عليه وسلم : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا »[1] .

فهذا الحديث أقر خيار الشرط وأجازه للبيعان إلا أنه اشترط عدم التفرق ، والتفرق لفظ مطلق لم يبين من الشارع الحكيم فاتفق العلماء إلى رده إلى العرف ، فما عده العرف تفرقا ، فهو تفرق مسقط للخيار .

وبعد هذا العرض يتبين أن الأئمة متفقون على اعتبار العرف في التشريع على وجه الإجمال لم يشذ عن هذا الإتفاق مذهب من المذاهب اللهم إلا جمهور الإمامية فإنهم لا يعتبرونه أصلا .

ومع اتفاقهم على اعتباره في الجملة فلم يقل أحد منهم إنه دليل مستقل بنفسه ، وقرر أستاذنا السنهوري أن العرف لا يمكن إعتباره دليلا من الأدلة الإجمالية وقال إنه لا يعدو أن يكون قاعدة أصولية مختلفا فيها ، أو معينا يعين القاضي والمفتي عند تطبيق الأحكام الفقهية .

وكذلك قال أستاذنا الشيخ خلاف : العرف عند التحقيق ليس دليلا شرعيا مستقلا ، وهو في الغالب من مراعاة المصلحة المرسلة[2] .

ومما يجب التنبيه إليه أن الذي حمل لواء العرف الحنفية والمالكية ، ثم الحنابلة والشافعية فهو عند غير الحنفية يعتبر من قبيل تفسير النصوص والألفاظ ، وعند الحنفية يرجع إلى التعليل المبتدأ الذي أساسه ، إعتبار جنس المشقة في جنس التخفيف ، والتي بها أثبت الحنفية قاعدة : « المشقة تجلب التيسير » بدلالة النصوص التي جاءت في مصادر الشريعة : ومنها قوله تعالى : ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج ﴾[3] .

---

(١) الحديث متفق عليه أنظر نيل الأوطار جـ ٥ ص ١٨٤

(٢) أصول الفقه لأستاذنا الدكتور محمد سلام مدكور ص ١٤١ .

(٣) سورة الحج آية ٧٨ .

فقول فقائهم يجوز كذا للعرف ليس إستدلالا بالعرف كدليل ، وإنما هو إستنباط لحكم من القاعدة المذكورة التي يجب مراعاتها ، لحفظ مقاصد الشريعة بالتخفيف على الناس ودفع الحرج عنهم وإليك الشروط التي اشترطوها لاعتبار العرف .

شروط إعتبار العرف

القائلون بالعرف وضعوا شروطا وضوابط للإعتماد عليه عند الإستنباط أهمها ما يلي :

أولا : التكرار والشيوع فقد ذكر صاحب الفروق ، أن العادة لا بد من تكرار استعمالها إلى غاية يصير المعنى المنقول إليه مفهوما بغير قرينة ، ويكون هو السابق إلى الفهم دون غيره[1] .

ويرى ابن نجيم أن التكرار الذي لا بد منه في العادة يختلف من حالة إلى أخرى، ونقل الخلاف في ثبوت العادة في الحيض بمرة أو مرتين، وفي الكلب المعلم إذا ترك الأكل ثلاث مرات.

ثانيا : أن يكون العرف مطردا أو غالبا، أي يكون العمل به مستمرا في جميع الحوادث لا يتخلف في واحدة منها، أو يكون العمل به جارياً في أغلب الحوادث .

قال ابن نجيم : إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت ، ولذا قالوا في البيع :

«لو باع بدراهم ، أودنانير وكانا في بلد تختلف فيه النقود ، مع الإختلاف في المالية والرواج ، إنصرف البيع إلى الأغلب[2] » .

وقال السيوطي : « إنما تعتبر العادة إذا اطردت ، فإن اضطربت فلا ،

---

(١) الفروق للقرافي جـ ١ ص ٤٠ .

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٤ .

وقال إمام الحرمين في باب الأصول والثمار :«كل ما يتضح فيه إطراد العادة فهو المحكم ، ومضمره كالمذكور صريحا[1] » .

ثالثا : أن يكون العرف عاما : والمراد بالعموم هنا ، أن يكون شائعا مستفيضا بين أهله ، بحيث يعرفه جميعهم ، في جميع البلاد ، أو في بلد خاص ، وليس المراد بالعموم هنا ،العرف العام فقط ،لأن هذا الشرط وارد في العرف العام والخاص على السواء . قال ابن عابدين : « اعلم أن كلا من العرف العام والخاص ، إنما يعتبر إذا كان شائعا بين أهله ، يعرفه جميعهم[2]» .

وقرر ابن نجيم أن المراد بالعرف العام ، الذي يكون مقابلا للخاص حيث قال : « هل يعتبر في بناء الأحكام العرف العام ، أو مطلق العرف ، ولو كان خاصا ؟ المذهب الأول ، ثم ذكر أمثلة وفروعا ، وقال : « والحاصل : أن المذهب عدم إعتبار العرف الخاص ، ولكن أفتى كثير من المشائخ باعتباره[3]» .

ومن العلماء من لا يشترط هذا الشرط ، قال السيوطي : « العادة المطردة في ناحية ، هل تنزل عادتهم منزلة الشرط ؟ فيه صور : منها لو جرت عادة قوم بقطع الحصرم قبل النضج ، فهل تنزل عادتهم منزلة الشرط حتى يصح بيعه من غير شرط ؟ وجهان أصحهما: لا ، وقال القفال: نعم[4]» .

وعلى ذلك : فليس هذا الشرط متفقا عليه ، فمذهب جمهور الحنفية إشتراطه ، كما ذكره ابن نجيم ، وكذا جمهور الشافعية ، وقال ابن حجر الهيثمي : « إن إطراد العرف في جهة لا يعول عليه بناء على الأصح[5]» . وهذا هو الأصوب في الإشتراط.

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠١ .
(٢) نشر العرف ص ٢٨ .
(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٠٣ .
(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠٦ .
(٥) الفتاوى الكبرى جـ ٤ ص ٥٧ .

رابعاً : أن يكون العرف مقارناً أو سابقا ، أي أن يكون العرف المراد تحكيمه موجودا وقت إنشاء التصرف ، لأن العرف لا يؤثر فيما يوجد بعده ، أو معه ، لا فيما مضى قبله ، لأن المتأخر لا تحمل عليه الألفاظ ، قال ابن نجيم : ولذا قالوا : لا عبرة بالعرف الطارىء ، فلذا اعتبر العرف في المعاملات ، ولم يعتبر في التعليق ، فيبقى على عمومه ، ولا يخصصه العرف[1] » .

وقال السيوطي : « العرف الذي تحمل عليه الألفاظ ، إنما هو المقارن أو السابق ، دون المتأخر[2] » وبين الشاطبي : « أن العوائد التي تختلف باختلاف الأعصار والأمصار ، لا يصح أن يقضى بها على قوم حتى يعرف أنها عادتهم ، ويثبت ذلك ، فلا يقضى على من مضى بعادة ثبتت متأخرة[3] » .

خامسا : أن لا يخالف دليلا من أدلة الشرع ، أو قاعدة من قواعده : أي لا يكون العمل بالعرف فيه تعطيل لحكم ثابت بنص شرعي ، أو أصل قطعي من أصول الشريعة : كتعارف الناس في بعض الأوقات تناول المحرمات ، كالخمر ، وأكل الربا ، وخروج النساء كاسيات عاريات ، فإذا كان كذلك فلا اعتبار للعرف عندئذ ، لأن إعتباره في هذه الحالة ، يعتبر إهمالا للنصوص ، واتباعا للهوى ، ولهذا لا عبرة بالعرف عند وجود نص .

قال إبن نجيم : « وفيما لا نص فيه من الأموال الربوية ، يعتبر فيه العرف في كونه كيلا أو وزناً ، أما المنصوص على كيله أو وزنه ، فلا إعتبار بالعرف فيه ، عند أبي حنيفة ومحمد ـ رحمهما الله ـ إلى أن قال : وإنما العرف غير معتبر في المنصوص عليه[4] .

سادساً : أن لا يصرح المتعاقدان بخلافه ، فلو صرح المتعاقدان بخلاف العرف ، فلا يحكَّم العرف ، قال العز بن عبد السلام : « كل ما

---

(١) الأشباه والنظائر ص ٩٤ .

(٢) الأشباه والنظائر ص ١٠٦ .

(٣) الموافقات للشاطبي جـ ٢ ص ٢٣٠ .

(٤) الأشباه والنظائر ص ٩٤ .

يثبت في العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه ، بما يوافق مقصود العقد صح[1] » .

أي إذا صرح المتعاقدان بما يدل على خلاف العرف صح ذلك ، وكان العمل بما صرحا به جزما ، دون العمل بالعرف .

تغير الأحكام باختلاف العوائد والأحوال

كان من نتيجة إعتبار العرف في تشريع الأحكام ، وبناء الفقهاء بعض الأحكام عليه . أن اختلفت تلك الأحكام ، تبعا لاختلاف العرف والعادة قال القرافي « إن كل ما في الشريعة يتبع العوائد ، يتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة ، وليس هذا تجديدا للإجتهاد من المقلدين حتى يشترط فيه ـ أي في المجتهد ـ أهلية الإجتهاد ، بل هذه قاعدة إجتهد فيها العلماء وأجمعوا عليها ، فنحن نتبعهم فيها من غير إستئناف إجتهاد، ألا ترى أنهم أجمعوا على أن المعاملات إذا أطلق فيها الثمن يحمل على غالب النقود فإذا كانت العادة نقدا معينا حملنا الإطلاق عليه ، فإذا إنتقلت العادة إلى غيره عينا ، انتقلت العادة إليه ، وألغينا الأول لانتقال العادة عنه ، وكذلك الإطلاق في الوصايا والإيمان وجميع أبواب الفقه المحمولة على العوائد ، إذا تغيرت العادة تغيرت الأحكام في تلك الأبواب .

وكذلك الدعاوى إذا كان القول قول من ادعى شيئاً لأنه العادة ، ثم تغيرت العادة لم يبق القول قول مدعيه ، بل انعكس الحال فيه ، بل لو خرجنا نحن من ذلك البلد إلى بلد آخر ، عوائدهم على خلاف عادة البلد الذي كنا فيه ، أفتيناهم بعادة بلدهم ، ولم نعتبر عادة البلد الذي كنا فيه ، وكذلك إذا قدم علينا أحد من بلد عادته مضادة للبلد الذي نحن فيه ، لم نفته إلا بعادة بلده دون عادة بلدنا[2] .

---

(١) قواعد الأحكام جـ ٢ ص ١٨٦ .

(٢) الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ص ٢٣١ وما بعدها ، معين الحكام ص ١٢٦ وما بعدها .

وعلى هذا الإعتبار جاءت كتب الأئمة مملوءة بالكثير من ذلك :

منها : ما جاء في الهداية : أن كل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب ، لأن التضرر بنقصان المالية ، وذلك بانتقاض القيمة والمرجع في معرفته عرف أهله[1] .

ومنها : قال العز بن عبد السلام إستصناع الصناع الذين جرت عادتهم بأنهم لا يعملون إلا بالأجرة ، إذا استصنعهم مستصنع من غير تسمية أجرة كالدلال ، والحلاق ، والحجام ، والنجار ، والحمال فالأصح أنهم يستحقون من الأجرة ما جرت به العادة لدلالة العرف على ذلك[2] .

وهكذا فالأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت ، وتبطل معها إذا بطلت ، وكل من له عرف يحمل كلامه على عرفه[3] والله الموفق .

---

(١) شرح الهداية جـ ٥ ص ٨٤ .

(٢) قواعد الأحكام جـ ٢ ص ١٢٦ .

(٣) تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٦٣ ، الفروق جـ ١ ص ٤٤ .



البَحثُ التاسِع

في

الإسْتقرَاء



الإستقراء في اللغة : إستفعال من قرأ ، تقول : قرأت الشيء قرآنا أي جمعته وضممت بعضه إلى بعض ، كما تقول : إستقرأت الأشياء ، تتبعت أفرادها ، لمعرفة أحوالها وخواصها[1] .

وفي الإصطلاح لم يبتعد في معناه عن المعنى اللغوي فقد عرف بأنه : تصفح جزئيات الحكم ليحكم بها على كلي يشملها ، هكذا حكاه أستاذنا الشيخ زهير [2] .

وجعله الشاطبي من العموم المعنوي حيث قال : العموم إذا ثبت فلا يلزم أن يثبت من جهة صيغ العموم فقط ، بل له طريقان :

أحدهما : الصيغ إذا وردت ، وهو المشهور في كلام أهل الأصول .

الثاني : إستقراء مواقع المعنى ، حتى يحصل منه في الذهن أمر كلي عام فيجري في الحكم مجرى العموم المستفاد من الصيغ[3] .

وعرفه صاحب طلعة الشمس بأنه : عبارة عن تتبع أفراد الجنس في حكم من الأحكام ، فإذا وجدنا ذلك الحكم في جميع أفراد ذلك الجنس قطعنا بأن حكم ذلك الجنس كذا[4] .

فهذه التعاريف تدل على مدلول واحد ، وهو تتبع الجزئيات ليحصل من مجموعها حكما يحكم به على جميع أفراده ، كما لو تتبعنا أفراد الحيوانات

---

(١) المعجم الوسيط جـ ٢ ص ٧٢٢

(٢) أصول الفقه لأستاذنا الشيخ محمد أبو النور زهير جـ ٤ ص ١٨٢

(٣) الموافقات جـ ٣ ص ٢٩٨ .

(٤) شرح طلعة الشمس جـ ٢ ص ١٨٣ وما بعدها .

فوجدنا كل فرد منه متحركا ، فإنا نعلم من ذلك التتبع أن الحيوان متحرك ، وكذا إذا تتبعنا أفراد الجماد ، فرأينا كل فرد منها ساكنا ، حكمنا بأن الجماد ساكن وهكذا .

فهذا التتبع المخصوص هو معنى الإستقراء عند الأصوليين .

أنواعه

يتنوع الإستقراء إلى نوعين :

النوع الأول . إستقراء تام أو كامل : وهو أن يتبع المجتهد جميع أفراد ذلك الجنس ، حتى لا يبقى من أفراده إلا الصورة ، التي طلب معرفة حكمها ، فيحكم بأن حكم تلك الصورة ، حكم بقية أفراد الجنس .

مثاله : « إذا رأينا فردا من الحيوان فنقول : هل هذا الحيوان متحرك أم لا ؟ فنتصفح أفراد ذلك الجنس ، فإذا رأينا جميعها متحركا ، إستدللنا بذلك على تحرك ذلك الفرد .

واختلف في هذا النوع فقيل أنه دليل قطعي ، ونسب هذا القول إلى أكثر العلماء .

وقيل ليس بقطعي لاحتمال مخالفة تلك الصورة لبقية الأفراد ، وإن كان هذا الإحتمال بعيدا .

ورد على ذلك بأن ذلك الإحتمال منزل منزلة العدم ، لأن الإحتمالات العقلية لا تقدح في الأمور العادية .

النوع الثاني : الإستقراء الناقص ، ويسمى عند الفقهاء « الحاق الفرد بالأغلب » وهذا النوع هو المقصود بالبحث كما قرره الأسنوي حيث قال « والناقص وهو مقصود المصنف » .

ومعناه : أن يستتبع المجتهد غالب أفراد الشيء ، فإذا وجدها متفقة في

حكم أجرى عليها ذلك الحكم في جميع الأفراد ، إذ في الظن أن أقل الأفراد حكمه حكم أغلبها .

مثاله : أن يتصفح المجتهد أفراد الحيض في أقصى مدة الدم ، فيجد أن أغلبهن لا يزيد على عشرة أيام ، فيحكم بأن أكثر مدة الحيض في كل النساء عشرة أيام استدلالا بذلك الإستقراء.

وقد اتفق العلماء على أن هذا النوع لا يفيد القطع إتفاقا ، واختلفوا في أنه هل يفيد الظن فيصلح حجة شرعا ، أو لا يفيد الظن ، فلا يصلح حجة شرعا.

فمن الأصوليين من قال : لا يفيد الحكم لا قطعا ولا ظنا ، ومن هؤلاء الإمام الرازي وقد نص على ذلك في المحصول .

ومنهم من قال يفيد الحكم ظنا ، ولا يفيده قطعا ، وهو رأي الجمهور ومنهم البيضاوي :

مثاله : إستدلال الشافعية على عدم وجوب الوتر ، بأن النبي صلى اللّه عليه وسلم ، قد صلاه على الراحلة ، واستقراء أفعاله عليه السلام أداء وقضاء أثبت أنه لم يفعل الواجبات على الراحلة ، فكان ذلك دليلا على عدم وجوب صلاة الوتر .

الأدلة

إستدل الجمهور كما يلي :

١ ـ قالوا أن تتبع أغلب الجزئيات مع تماثلها في الأحكام ، يوجب ظنا عند المجتهد ، بأن حكم باقي الجزئيات كذلك ؛ لأن شأن النادر أن يلحق بالكثير الغالب ، والعمل بالظن واجب ؛ فكان الإستقراء حجة ، ويجب العمل به لذلك . ويرجح هذا أن النبي صلى اللّه عليه وسلم قال : « إنما

أحكم بالظاهر والله يتولى السرائر »[1] .

فالحديث أثبت أن العبرة بالظاهر ، وهو أن حكم الباقي الذي لم يستقرأ كحكم غيره مما استقرىء فوجب إعتباره عملا بهذا الظاهر .

٢ ـ واستدل الشاطبي للجمهور كما يلي :

أولا : أن الإستقراء هكذا شأنه ، فإنه تصفح جزئيات ذلك المعنى ليثبت من جهتها حكم عام إما قطعي ـ إذا كان تاما ـ وإما ظني ـ إذا كان في غالب الجزئيات فقط ـ وهو أمر مسلم عند أهل العلوم العقلية والنقلية ، فإذا تم الإستقراء حكم به مطلقا في كل فرد يقدره وهو معنى العموم المراد في هذا الموضع .

وثانيا : أن التواتر المعنوي هذا معناه ، فإن جود حاتم مثلا ، إنما ثبت على الإطلاق من غير تقييد ، وعلى العموم من غير تخصيص ، بنقل وقائع خاصة متعددة تفوت الحصر ، مختلفة في الوقوع ، متفقة في معنى الجود ، حتى حصلت للسامع معنى كليا ، حكم به على حاتم ، وهو الجود ، ولم يكن خصوص الوقائع قادحا في هذه الإفادة .

فكذلك إذا فرضنا أن رفع الحرج في الدين مثلا مفقود فيه صيغة عموم ، فإنا نستفيده من نوازل متعددة خاصة مختلفة الجهات متفقة في أصل رفع الحرج ، كما إذا وجدنا التيمم شرع عند مشقة طلب الماء ، والصلاة قاعدا عند مشقة طلب القيام ، والقصر والفطر في السفر ، والجمع بين الصلاتين في السفر والمرض والمطر ، والنطق بكلمة الكفر عند مشقة القتل والتأليم ، وإباحة الميتة وغيرها عند خوف التلف الذي هو أعظم المشقات ، والصلاة إلى أي جهة كان لعسر استخراج القبلة ، والمسح على الجبائر والخفين

(١) لم يرد لفظ هذا الحديث لكنه ورد في كلام الشافعي ، ولعله مأخوذ من قوله صلى الله عليه وسلم « إنكم تختصمون إلي فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذ منه شيئاً » فيؤخذ منه معناه كما قال ابن كثير . أنظر كشف الخفاء جـ ١ ص ١٩٢ وما بعدها .

لمشقة النزع ولرفع الضرر ، والعفو في الصيام عما يعسر الإحتراز منـه ، من المفطرات كغبار الطريق ونحوه ، إلى جزئيات كثيرة جدا ، يحصل من مجموعها قصد الشارع لرفع الحرج ، فإنا نحكم بمطلق رفع الحرج في الأبواب كلها ، عملا بالإستقراء ، فكأنه عموم لفظي ، فإذا ثبت إعتبار التواتر المعنوي ، ثبت في ضمنه ما نحن فيه أ هـ .

واستدل الإمام الرازي ومن معه : بأن من الشائع قولهم الجزئي لا يثبت الكلي لجواز إختلاف الجزئيات في الأحكام ، واستقراء بعض الجزئيات ، مع عدم إستقراء البعض الآخر إستقراء جزئي ، فلا يثبت الحكم في الباقي لجواز أن يكون حكمـه مخالفـا لما استقـرىء ، فالحـكم على الباقـي بواسطـة هذا الإستقراء باطل .

وأجيب عن ذلك بأن الباقي من غير إستقراء قليل ، والمستقرأ كثير ، والنادر ملحق بالكثير الغالب ، وهذا مما يوجب الظن بأن حكم الباقي مماثل لحكم ما استقرىء ، والعمل بالظن واجب .

الخلاصة :

بعد عرض أدلة الفريقين يتبين لنا أن المدافعين عن الإستقراء والحاملين راية الذود عنه هم المالكية والشافعية وتبعهم في ذلك الاباضية[1] .

فدافعوا عنه دفاعا جعله في مرتبة التقدير والإعتبار وأنه دليل من الأدلة التي يلجأ إليها المجتهد عند عدم دليل آخر .

وبالنظر في كتب الحنفية نجد أنهم عند ذكرهم سجدات التلاوة ـ نفوا وجود سجدة ثانية في سورة الحج الواردة في قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا

---

(١) راجع في هذا البحث : الموافقات للشاطبي جـ ٣ ص٢٩٨ وما بعدها ، سلم الوصول جـ ٤ ص ٣٧٧ ، شرح المحلى على جمع الجوامع جـ ٢ ص ٢٨٣ ، شرح طلعة الشمس جـ ٢ ص ١٨٢ ، أصول الفقه لأستاذنا الشيخ محمد أبو النور زهير جـ ٤ ص ١٧٢ ، بحوث في الأدلة المختلف فيها عند الأصوليين للأستاذ الدكتور محمد السعيد عبد ربه ص ٣٥ .

إركعوا واسجدوا وأعبدوا ربكم وافعلوا الخير لعلكم تفلحون[1] ﴾ .

قالوا : إنما هي للصلاة .

جاء في فتح القدير : والسجدة الثانية في سورة الحج للصلاة عندنا ، لأنها مقرونة بالأمر بالركوع ، والمعهود في مثله من القرآن الكريم كونه من أوامر ما هو ركن الصلاة بالإستقراء نحو : ﴿ أسجدي واركعي مع الراكعين[2] ﴾

كما نجد مثل ذلك أيضا عند الحنابلة : فنراهم يستدلون لأقل الحيض وأكثره بسرد حوادث عن نساء هكذا كان حيضهن ، وكذلك يقولون في أكثر الحمل ، ولنا أن ما لا نص فيه يرجع إلى الوجود ـ أي الإستقراء ـ وقد وجد الحمل لأربع سنين ثم يذكرون أمثلة عن النساء قال ابن قدامة : وفي أقل النفاس وأكثره يقولون مثل هذا[3] .

وبهذا يتبين أن الحنفية والحنابلة يقولان به وإن كان نادرا عندهما والله الموفق .

(١) سورة الحج آية ٧٧ .
(٢) سورة مريم آية ٤٣ ، وأنظر فتح القدير جـ ١ ص ٣٨١ .
(٣) المغني لابن قدامة جـ ١ ص ٢٢٤ .

البَحثُ العَاشِر

في

الأخذِ بأقل مَا قِيل



من الأدلة التي ذكرها بعض الشافعية ، ونسبوها لإمامهم محمد بن إدريس الشافعي الأخذ بأقل ما قيل .

قال ابن السمعاني : وحقيقته أن يختلف المختلفون في أمر على أقاويل ، فيأخذ ـ أي المجتهد ـ بأقلها ـ إذا لم يدل على الزيادة دليل ؟

وقال القفال الشاشي : هو أن يرد الفعل عن النبي صلى اللّه عليه وسلم ، مبينا لمجمل ، ويحتاج إلى تجديده فيصار إلى أقل ما يوجد .

وقال ابن القطان : هو أن يختلف الصحابة في تقدير ، فيذهب بعضهم إلى مائة مثلا ، وبعضهم إلى خمسين ، فإن كان ثمة دلالة تعضد أحد القولين صير إليها ، وإن لم يكن فقد اختلف فيه أصحابنا .

وبالنظر في التعريف الثاني نجد أن فيه ضيقا لأنه حصر القول بأقل ما قيل في فعل النبي صلى اللّه عليه وسلم فقط .

وكذلك الحال في التعريف الثالث حيث قيده باختلاف الصحابة ، ولا شك أن التعريف الأول يشمل هذين الأمرين كما يشمل غيرهما ، فكان هو المعتبر ، الذي يجب الأخذ به ، والتعويل عليه .

وقد اشترط القائلون به شروطا ثلاثة :

الشرط الأول : أن تكون الأقوال التي قيلت خالية عن الدليل .

فإن فقد هذا الشرط ووجد دليل يدل على أحد الأقوال ، كان المعتبر الدليل دون ما عداه لأن العمل بالدليل واجب بالإتفاق .

الشرط الثاني : أن لا تكون الذمة مشغولة بما ورد فيه الخلاف .

فإن انخرم هذا الشرط وكانت الذمة مشغولة بما اختلف فيه ، كان الأخذ بالأكثر أولى لأنه عملٌ بالأحوط .

الشرط الثالث : أن يكون أقل ما قيل موجودا ضمنا في باقي الأقوال فإن لم يتحقق هذا الشرط خرجت المسألة عن بحثنا الأخذ بأقل ما قيل .

وقسمها ابن السمعاني إلى قسمين :

أحدهما : أن يكون ذلك فيما أصله البراءة الأصلية ، وهذه تأتي على صورتين :

الصورة الأولى : أن يكون الإختلاف في وجوب الحق ، وعدم وجوبه ففي هذه الصورة يكون سقوطه أولى ، لموافقته للبراءة الأصلية ، ما لم يقم دليل الوجوب .

الصورة الثانية : أن يكون الإختلاف في القدر ، ولا يكون ذلك إلا بعد الإتفاق على وجوبه ، وذلك كدية الكتابي ، إذا وجبت على قاتله ، وسيأتي ذكر الأقوال فيها ، فهذه الصورة اختلف أصحاب الشافعي فيها هل يكون الأخذ بالأقل دليلا ؟

والقسم الثاني : أن يكون فيما هو ثابت في الذمة ، كالجمعة الثابت فرضها مع إختلاف العلماء في عدد انعقادها ، فهذه الصورة لا يجوز فيها الأخذ بالأقل ويكون دليلا ، لارتهان الذمة بها فلا تبرأ الذمة بالشك ، وهل يكون الأخذ بالأكثر دليلا فيه وجهان :

أحدهما : أنه يكون دليلا ولا ينتقل عنه إلا بدليل لأن الذمة تبرأ بالأكثر إجماعاً ، وفي الأقل خلاف فلذلك جعلها الشافعي تنعقد بأربعين لأن هذا العدد أكثر ما قيل .

والثاني : أنه لا يكون دليلا ، لأنه لا ينعقد مع الخلاف دليل قال

الشوكاني : والحاصل أنهم جعلوا الأخذ بأقل ما قيل مركبا من الإجماع والبراءة الأصلية وسنوافيك بتفصيل ذلك في آراء العلماء فيه .

نشأة القول بأقل ما قيل :

لما قال الشافعي بأخذ الثلث في دية الكتابي فقيل إن الأخذ به حجة عند الإمام الشافعي قال الأسنوي : الدليل الرابع من الأدلة المقبولة ، الأخذ بأقل ما قيل ، وقد اعتمد عليه الشافعي في إثبات الحكم إذا كان الأقل جزءا من الأكثر ولم يجد دليلا غيره كما في دية الكتابي فإن العلماء اختلفوا فيها على ثلاثة أقوال :

١ ـ فقال بعضهم : إنها ثلث دية المسلم .

٢ ـ وقالت المالكية : نصف ديته .

٣ ـ وقالت الحنفية : مثل ديته .

أما الإجماع فإن كل واحد من المخالفين يوجبه ، فإن إيجاب الأكثر يستلزم إيجاب الأقل ، حتى لو فرضنا أن بعضهم قال : لا يجب فيه شيء أصلا ، لم يكن إيجاب الثلث مجمعا عليه لكونه قول بعض الأئمة .

فاختار الشافعي المذهب الأول ، وهو أنها الثلث بناء على المجموع من الإجماع والبراءة الأصلية .

وأما البراءة الأصلية فإنها تقتضي عدم وجوب الزيادة ، إذ هي دالة على عدم الوجوب مطلقا ، لكن ترك العمل بها في الثلث للإجماع ، فيبقى ما عداه على الأصل فنلخص أن الحكم بالإقتصار على الأقل مبني على مجموع هذين الشيئين ، كما قرره الإمام الرازي والآمدي ، لا على الإجماع وحده كما ظنه ابن الحاجب ، بل الإجماع وحده إنما هو دليل على إيجاب الثلث خاصة .

وتعقب الشيخ بخيت الأسنوي في قوله : « أما الإجماع فإن كل واحد من المخالفين يوجبه الخ ، حيث قال : أقول هذا غير مسلم ، فإن كل واحد من المخالفين ينفي قول الآخر : لأن الذي أوجب ثلث الدية لم يوجب النصف ولا الكل ، وقال إن الثلث هو تمام الدية ، ولم يقل إن النصف أو الكل هو

الدية ، ومن أوجب النصف لم يقل إن الثلث هو تمام الدية ، بل قال إن تمامها هو النصف . فهو ينفي أن الدية في الثلث ، بل الثلث عنده أو الكل ليس هو الدية ، كذلك من قال : إن الدية هي كل دية المسلم ، ينفي أن الثلث أو النصف هو كل الدية ، بل كل منهما ليس هو الدية ، فمن أين يجيء الإجماع على أن الدية هي الثلث ، فالأقوال الثلاثة متباينة ، فالقول بأن الدية هي الثلث ، نفي لما زاد عليه ، فيقال لمن أخذ به ، وهو أنه لا دليل له ، إنه قول بلا دليل ، ومجرد كونه الأقل ، لا يصلح أن يكون دليلا ، ودعوى الإجماع غير مسلمة كما علمت .

وأما قول الأسنوي : فإن إيجاب الأكثر يستلزم إيجاب الأقل ، قال : هذا لو كان الذي يوجب الأكثر يوجب الأقل في ضمن الأكثر ، أما إذا كان الذي يوجب الأكثر لا يوجب الأقل في ضمن الأكثر بل ينفي إيجاب الأقل، فلا يستلزم إيجاب الأكثر إيجاب الأقل .

وأما قول الأسنوي : حتى لو فرضنا أن بعضهم قال لا يجب فيه شيء أصلا . . . الخ قال : لا فرق بين ما إذا قال بذلك وبين ما نحن فيه من أن الثلث لم يكن مجمعا عليه ، لأن كل واحد من المخالفين ينفي قول الآخر سواء كانت مما نحن فيه ولم يوجد قائل بأنه لا يجب شيء ، أو وجد ذلك القائل وهذا هو المناط في كون الأقل غير مجمع عليه .

وأما دعوى البراءة الأصلية فيما زاد على الثلث فغير مسلمة ، لأنها إنما يسلمها من يقول بأن الدية هي الثلث فقط ، مع أن من قال بأن الدية هي ثلث دية المسلم إنما قاله عن اجتهاد صحيح مبني على ما هو دليل عنده ، ومن قال إنها النصف إنما قاله أيضا عن اجتهاد صحيح بناء على ما هو دليل عنده ، ومن قال ، إن ديته مثل دية المسلم إنما قاله عن اجتهاد صحيح بناء على دليل عنده أيضا ، فإن كان الذي أخذ بأن الدية هي الثلث ، أخذ بذلك بغير دليل ، بل لمجرد أنه الأقل ، فكيف يكون ذلك إجتهادا ، بل لا بد أن يكون قد نظر في أدلة المذاهب الثلاثة فرجح عنده الدليل الذي أخذ به من قال إن الدية هي الثلث . ولذلك قال في مسلم الثبوت وشرحه : ومنها الأخذ بأقل ما قيل أخذ

به الشافعي رضي اللّه عنه كدية اليهودي قيل الثلث ، وقيل النصف ، وقيل الكل ، فأخذ بالثلث وهذا فاسد إلى آخره .

وأما قول الأسنوي : بل الإجماع وحده دليل على إيجاب الثلث خاصة ، قال : لو دل الإجماع على إيجاب الثلث خاصة ، ما ساغ للقائل بإيجاب النصف أو المثل مخالفته وخرقه هذا الإجماع ، ولو كان قول واحد منهما خارقا للإجماع ما قبل قوله ، ولا وجد الخلاف ، ولا أقل ولا أكثر .

فتعين أن الشافعي إنما رجح دليل القائل بالأقل إجتهادا منه رضي اللّه عنه لأن فيه العمل بما هو وفق الأصل .

وفي قول الأسنوي :«إذا لم يجد دليلا سواه » قال الشيخ بخيت : هذا صريح فيما قلناه من أن الشافعي إنما يأخذ بدليل الأقل لا أنه يستدل بكونه أقل ، ووجه ذلك أن الشافعي متى وجد دليلا يدل على الأكثر ويكون أرجح من دليل الأقل ، يأخذ بالدليل الذي يدل على الأكثر فإنه لم يتمسك بالثلاثة في إنعقاد الجمعة ، ولا في الغسل من ولوغ الكلب لقيام الدليل على الأكثر .

فعلم من هذا أن الإمام الشافعي يبني قوله على الدليل من الكتاب الكريم أو السنة النبوية أو الإجماع أو القياس ، ولو كان على الأقل إجماع إذا لم يوجد دليل لما أمكن للشافعي أن يتركه إذا وجد دليلا آخر يدل على الأكثر إلا إذا كان مقدما على الإجماع وهذا يقتضي أن الإجماع على خطأ وهو ما لم يجوزه أحد .

ولو حملنا فتوى الإمام الشافعي على أن الأخذ بأقل ما قيل يعد دليلا لأدركنا أنه يكون موضع إتفاق من الجميع .

وذلك أن الحنفية رجحوا قول ابن مسعود رضي اللّه عنه في تكبيرات الزوائد في صلاة العيدين على قول ابن عمر وأبي هريرة وابن عباس ـ رضي اللّه عنهم ـ ودعموا ترجيحهم هذا بأن التكبير ورفع الأيدي في الصلاة خلاف المعهود ، فكان الأخذ بالأقل أولى ، وقول ابن مسعود رضي اللّه عنه هو الأقل .

وفي المغنى لابن قدامة في الإستدلال لما ذهب إليه أحمد رحمه اللّه تعالى في أسنان دية الخطأ قوله : « ولأن ما قلناه الأقل ، فالزيادة عليه لا تثبت إلا بتوقيف يجب على من ادعاه ؛ الدليل .

وقال ابن تيمية في رده على المقلدين لعمل أهل المدينة : وأيضا فإن قولهم في المد والصاع هو أقل ما قيل ، فهو حجة عندنا من هذه الجهة . كما لو قال غيرهم ذلك سواء ولا فرق ،لأن قوما قالوا: الصاع ثمانية أرطال، وقال قوم أكثر من ذلك .

ولكن الحق أن هؤلاء جميعا ومنهم الإمام الشافعي إستأنسوا بالأخذ بأقل ما قيل .

وعلى هذا يكون أقل ما قيل ليس دليلا مستقلا ، وإنما يصلح للترجيح عند التعادل .

قال ابن حزم بعد أن استعرض أقوال القائلين بالأخذ بأقل ما قيل : « ويكون هذا حقا صحيحا لو أمكن ضبط أقوال جميع أهل الإسلام في كل عصر ، وإذ لا سبيل إلى هذا فتكلفه عناء لا معنى له ، ولا بد من ورود النص في كل حكم من أحكام الشريعة ،لكن إذا ورد نص بإيجاب عمل ما فبأقل ما يقع عليه إسم فاعل لما أمر به ـ يسقط عنه الفرض كمن أمر بصدقة فبأي شيء تصدق ؛ فقد أدى ما أمر به ، ولا يلزمه زيادة لأنها دعوى بلا نص ، ولا غاية لذلك فهو باطل ، ولا سبيل إلى أن يكون للّه تعالى : حكم في الشريعة يلزمنا لم يجعل عليه دليلا من نص » . . الخ .

وقد ألحق الشوكاني بهذه المسألة الأخذ بالأخف حيث قال : « وكما وقع الخلاف في مسألة الأخذ بأقل ما قيل ، كذلك وقع الخلاف في الأخذ بأخف ما قيل .

وقد صار بعضهم إلى ذلك لقوله تعالى : ﴿ يريد اللّه بكم اليسر ولا

يريد بكم العسر ﴾[1].

وقوله سبحانه : ﴿ وما جعل عليكم في الدين من حرج ﴾[2].

وقوله صلى اللّه عليه وسلم : « بعثت بالحنيفية السمحة »[3] .

وقوله عليه الصلاة والسلام: «يسروا ولا تعسروا وبشروا ولا تنفروا»[4]:

وبعضهم صار إلى الأخذ بالأشق . ولا معنى للخلاف في مثل هذا ، لأن الدين كله يسر ، والشريعة جميعها سمحة سهلة ، والذي يجب الأخذ به ، ويتعين العمل عليه هو دليله ، فإن تعارضت الأدلة ، ما لم يصلح أن يكون الأخف مما دلت عليه ، أو الأشق مرجحا ، بل يجب المصير إلى المرجحات المعتبرة »[5] واللّه الموفق .

---

(١) سورة البقرة آية ١٨٥ .

(٢) سورة الحج آية ٧٧ .

(٣) الحديث رواه الخطيب عن جابر بزيادة :«ومن خالف سنتي فليس مني ، أنظر كشف الخفاء جـ١ ص ٢٨٧ .

(٤) الحديث رواه أحمد والشيخان والنسائي عن أنس رضي اللّه عنه . أنظر كشف الخفاء جـ ٢ ص ٣٩٨ .

(٥) راجع في هذا البحث : سلم الوصول جـ ٤ ص ٣٧٩ وما بعدها ؛ إرشاد الفحول ص ٢٤٤ ، المحصول جـ ٢ ص ٨١٣ ، حاشية العطار على جمع الجوامع جـ ٢ ص ٢٠٢ ، الأحكام لابن حزم جـ ٥ ص ٦٣٠ ؛ أصول الفقه لأستاذنا الشيخ أبو النور زهير جـ ٤ ص ١٨٣ وما بعدها ، أصول الفقه لأستاذنا محمد سلام مدكور ص ١٨٨ ، بحوث في الأدلة المختلف فيها للأستاذ الدكتور محمد سعيد عبد ربه ص ١٢٩ وما بعدها ، فتح القدير جـ ١ ص ٤٢٥ . المغني لابن قدامة جـ ٨ ص ٣٧٧ ، الزرقاني على الموطأ جـ ٥ ص ١٤٠ .



البحث الحادي عشر

في

فقد الدليل



من الأدلة التي ذكرها البعض واختلف فيها العلماء فقد الدليل .

وصورته أن يقال للخصم في أبطال الحكم الذي ذكره في المسألة : الحكم يستدعي دليلا ، ولا دليل على حكمك الذي ذكرته بالسبر ، فإنا سبرنا الأدلة فلم نجد ما يدل عليه .

فقولهم: «فلم نجد ما يدل عليه» هل يصح أن يكون دليلا على عدم الحكم ؟ خلاف بين العلماء .

فذهب قوم إلى الإستدلال على عدم الحكم بعدم ما يدل عليه ، واختاره البيضاوي والأسنوي وصاحب جمع الجوامع .

وذهب الجمهور من العلماء إلى أن عدم الدليل لا يدل على عدم الحكم .

واستدل أصحاب القول الأول : «بأن فقدان الدليل بعد التفحص البليغ يغلب ظن عدم الدليل » وظن عدمه يوجب ظن عدم الحكم .

أما المقدمة الأولى :فواضحة ، وأما المقدمة الثانية: التي هي ظن عدمه يوجب ظن عدم الحكم ، فالدليل عليها أن عدم الدليل يستلزم عدم الحكم ، إذ لو ثبت حكم شرعي ، ولم يكن عليه دليل لكان يلزم منه تكليف الغافل، وهو ممتنع فينتج : فقدان الدليل بعد التفحص البليغ يوجب ظن عدم الحكم وبالعمل بالظن واجب .

واستدل أصحاب القول الثاني كما يلي :

١ ـ قال الجمهور : إن عدم وجدان الدليل بعد الفحص ، لا يدل على عدم وجوده ، بل غايته عدم الوجدان ، وعدم الوجدان لا يستلزم عدم الوجود .

وأجيب على هذا بأنه إن أريد أنه لا يلزم منه القطع بالإنتفاء فذلك مسلم ونحن لا ندعيه ، وإن أريد أنه لا يلزم منه ظن الإنتفاء فهذا باطل . لأنه بعد الفحص الشديد يظن الإنتفاء ، وهذا هو المطلوب ، ثم إنه يلزم من ظن إنتفاء الدليل ظن إنتفاء المدلول فتم ما ندعيه .

٢ ـ قالوا إن قولكم : عدم الدليل يدل على عدم الحكم ، يخالف ما قررتموه من أنه لا يلزم من إنتفاء الدليل ، إنتفاء المدلول ، لأن هذا يكون في لزوم الإنتفاء للإنتفاء ، وما نحن فيه ، فيه لزوم إنتفاء المدلول لظن إنتفاء الدليل .

وأجيب عن هذا : بأن ما نحن فيه ، فيه ظن إنتفاء المدلول ، لظن إنتفاء الدليل ، قال الشيخ بخيت : إن فقدان الدليل بعد بذل الوسع في التفحص ، يغلب ظن عدم الدليل ، وظن عدمه يوجب ظن عدم الحكم .

والحق أن هذه المسألة ترجع إلى خلاف آخر .

فقد قال العلماء في الأفعال التي لم تكن ضرورية لبقاء الشخص ، ولم يدرك منها العقل المفسدة أو المصلحة ، ولا خلوها عنهما ، ولم يرد فيها خطاب بعد البعثة أصلا ، بالإيجاب أو التحريم أو الندب أو الكراهة أو الإباحة .

إختلف فيها العلماء :

فذهب الأشاعرة والمحققون من الحنفية إلى أن سكوت الشارع وعدم ورود خطاب منه بالحرج في فعلها أو تركها ، يعد إذنا منه في فعلها وتركها على السواء ، ويكون سكوت الشارع وعدم ورود خطابه ، دليلا شرعيا على حكم الشارع بالتخيير بين الفعل والترك .

وصرحوا بأن كل ما عدم فيه المدرك الشرعي الدال على الحرج في فعلها ، أو تركها ، كان عدم المدرك الدال على ما ذكروه ، مدركا شرعيا دالا على حكم الشارع بالتخيير والإذن في الفعل والترك على السواء .

وذهب فريق المعتزلة إلى أن الأصل في تلك قبل ورود الشرع هو الإباحة الأصلية التي كانت قبل البعثة بمقتضى الدليل العام العقلي فهي باقية على تلك الإباحة لأن العقل لم يدرك فيها جهة خاصة من مصلحة أو مفسدة أو خلوها منهما ، ولم يرد عن الشارع ما يكشف عن الجهة الخاصة على وجه ما ذكر ، فكانت باقية على إباحتها التي كانت لها قبل البعثة بمقتضى الدليل العقلي العام .

إذا تقرر هذا فنقول :

١ ـ إذا كان مراد أصحاب القول الأول القائل بأن عدم الدليل دليل على عدم الحكم أن مرادهم نفي المدرك الذي به يدرك الحكم ، وهو الدليل بأن من لم يجده بعد الفحص الشديد يوجب ظن إنتفاء الدليل ، وظن إنتفائه يوجب ظن إنتفاء الحكم ، وأرادوا من الحكم المنفي ما يعم الحظر والوجوب والندب والكراهة والإباحة ؛ فيكون الحكم أن لا حكم أصلا فغير مسلم .

لمنافاته لما قرره الأشاعرة جميعا ووافقهم المحققون من الحنفية مما ذكرناه .

ولما تقرر من أنه بعد ورود الشرع لا يمكن أن تخلو حادثة عن حكم الشارع ، فإن وجد دليل خاص على حكم خاص ، أو كان مندرجا في المنافع أو المضار ، فقد ورد الشرع أن المنافع الأصل فيها الإباحة ، وفي المضار التحريم .

وإن لم يوجد شيء مما ذكره فلم يوجد دليل خاص على حكم خاص ، ولم يعلم أن الشيء من المضار ولا من المنافع ، وانعدم المدرك الشرعي أصلا ، كان ذلك دليلا على الإباحة والإذن الشرعي .

٢ ـ وإن كان مرادهم نفي الحكم الخاص ما عدا الإباحة فهو مسلم وحينئذ يرتفع الخلاف .

ويكون مراد من قال : لا يلزم من عدم الوجدان ، إنتفاء الدليل ، فلا يلزم إنتفاء الحكم .

لأن عدم الدليل الشرعي أصلا دليل على الحكم الشرعي ، لأن الحكم الثابت هو الإباحة .

ومن قال إنه يلزم من عدم وجود الدليل ظن إنتفائه ، ويلزم من ظن إنتفائه إنتفاء الحكم : أراد بالحكم ما عدا الإباحة الشرعية بمعنى الإذن في الفعل والترك ، لأن إنتفاء المدرك على هذا الوجه نفسه دليل على ما ذكر[1] .

وبهذا يكون الخلاف لفظيا .

* * *

(١) راجع في هذا البحث سلم الوصول جـ ٤ ص ٣٩٥ ، الإبهاج شرح المنهاج جـ ٣ ص ١٢٦ ، جمع الجوامع جـ ٢ ص ٢٨٨ ، أصول الفقه لأستاذنا الشيخ محمد أبو النور زهير جـ ٤ ص ١٨٨ .

خاتمة

الحمد لله ،

ثم أما بعد :

فقد تم الكتاب ؛ بعون الله تعالى العلي الوهاب ، بذلت فيه قصارى جهدي ، واستفراغ وسعي ، ووضعته بين يدي القارىء الكريم ، ولا أظن أني قد بلغت الكمال ، فالكمال لله وحده ، لكن طمعي في عفو القارىء ، أن يغفر ما وقع فيه القلم من ذلك ، أو الفكر من خطأ أو نسيان .

فسبحان من لا تأخذه سنة ولا نوم ، فلله الحمد في الأولى والآخرة ، وله الحكم ، وإليه المصير ، وأصلي وأسلم على سيد خلق الله أجمعين وخاتم الأنبياء والمرسلين ، نبينا ورسولنا محمد المبعوث رحمة للعالمين ، وعلى آله وصحبه ، ومن سلك طريقه واهتدى بهديه إلى يوم الدين .

فهرس الجزء الثاني